

## Die Veröffentlichung des Werkes

„Der Begriff ‚Ausübung eines öffentlichen Amtes‘ in Art. 34 Grundgesetz“  
erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

REFINEMENT FILTER

Der Begriff

"Ausübung eines öffentlichen Amtes"

in Art. 34 Grundgesetz

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des  
rechtswissenschaftlichen Doktorgrades der  
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der  
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Werner Joel

aus Dortmund

Jahr 1956

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Wolff

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Scupin

Dekan: Prof. Dr. Michaelis



Inhaltsverzeichnis

Seite

I. Teil

Grundlage der Begriffsbestimmung

§ 1	Einleitung	10
§ 2	Methode der Begriffsbestimmung	12
§ 3	Träger öffentlicher Verwaltung - Hoheitliches, obrigkeitliches und fiskalisches Handeln	13
§ 4	Die geschichtliche Entwicklung des Begriffs	15
§ 5	Art. 34 des Grundgesetzes	20
§ 6	Zusammenfassung	23

II. Teil

Versuche einer Begriffsbestimmung,  
Kritik und eigene Ansicht

§ 7	Subjektionstheorie	24
§ 8	Die Zwecktheorie und die Interessentheorie	26
§ 9	Gleichartigkeit und Ungleichartigkeit als Begriffsmerkmale	29
§ 10	Die Rechtsordnung als Ausgangspunkt einer Begriffsbestimmung	31
§ 11	Die Ansicht des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes	32
§ 12	Die eigene Ansicht	36
§ 13	Schlußbetrachtung zum II. Teil	39

III. Teil

Beispiele aus der Gerichtspraxis

§ 14	Die Benutzung öffentlicher Verkehrswege durch Träger öffentlicher Verwaltung	43
§ 15	Hoheitliches Handeln der Post	47

	Seite
§ 16	Hoheitliches Handeln der Eisenbahn 52
§ 17	Die Ausstellung öffentlicher Urkunden 55
§ 18	Ärztliche Behandlung und sonstige persönliche Fürsorge in öffentlichen Anstalten 60
§ 19	Die Verkehrssicherungspflicht in Ansehung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch 69
§ 20	Zusammenfassung 76

— . . . . —

Literaturverzeichnis

- Arndt, Adolf                      Verfassung des Deutschen Reiches.  
5. Aufl., Berlin 1913
- Atzler                              Anmerkung in: Verkehrsblatt 1953,  
S. 490
- Saumbach, Adolf -  
Lauterbach, Wolfgang            Zivilprozessordnung.  
23. Auflage, München u. Berlin  
1954
- Baumeister                        Verantwortlichkeit für die Auf-  
stellung von Verkehrszeichen.  
In: Deutsches Verwaltungsblatt  
1952, S. 38 ff.
- Benke                              Staatshaftung für Amtspflichtver-  
letzung.  
In: Betriebsberater 1951, S. 519 f.
- Boehmer, Gustav                 Grundlagen der bürgerlichen  
Rechtsordnung.  
1. Buch,                            Tübingen 1950
- Bonner Kommentar                Kommentar zum Bonner Grundgesetz.  
Bearb. von Bodo Dennwitz,  
Hamburg 1950
- Brand, Arthur                    Das Deutsche Beamtengesetz.  
4. Auflage, Berlin                1942
- Bube, Max                         Die Ausübung öffentlicher Gewalt  
bei der Amtshaftung.  
Diss. jur.,                        Göttingen 1932
- Buff                                Über der Schrankenwörter beim  
Schließen seiner Schranken ver-  
kehrs- und sicherheitspolizei-  
liche Funktionen aus?  
In: Verkehrsrechtliche Abhand-  
lungen und Entscheidungen 1939,  
S. 1 ff.
- Bühler, Ottmar                  Steuerrecht.  
1. Bd.: Allgemeines Steuerrecht.  
                                      Wiesbaden 1951
- Carl                                Schließung der Schranken der  
Reichsbahn, Abfahrtzeichen des  
Fahrdienstleiters und Betrieb  
eines Abstellbahnhofes, Teile  
bürgerlich-rechtlicher Tätig-  
keit?  
In: Juristische Wochenschrift  
1940, S. 998 ff.
- Coester                            Die Haftung des Staats für Amts-  
delikte bei Ausübung der öffent-  
lichen Gewalt nach preussischem  
Recht.  
In: Jahrb.d.ö. Rechts., Bd. 5, S. 285
- Denecke                            Zur Anwendung des § 278 BGB bei  
öffentlich-rechtlichen Verhältnis-  
sen, in: Juristische Rundschau  
1953 S. 40 ff.

- Bernburg, Heinrich Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens.  
1. Bd.: Die allgemeinen Lehren.  
2. Auflage, Halle 1902
- Dickertmann Die Staatshaftung für den Beamten nach dem Grundgesetz.  
In: Monatschrift für Deutsches Recht 1950, S. 726 f.
- Doch Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten.  
In: Archiv f. S. Recht Bd. 16, S. 244ff
- Ebermayer Anmerkung in: Juristische Wochenschrift 1929, S. 2287
- Enneccerus, Ludwig -  
Kipp, Theodor -  
Wolff, Martin Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.  
2. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, bearb. v. Heinrich Lehmann.  
13. Bearb., Tübingen 1950
- Ermann, Walter Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Münster 1952
- Finger, Hans-Joachim Eisenbahnverkehrsordnung.  
München u. Berlin 1951
- Fischbach, Oskar Georg Bundesbeamtengesetz.  
Köln u. Berlin 1954
- Fleiner, Fritz Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts.  
8. Auflage Tübingen 1928
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts.  
1. Bd.: Allgemeiner Teil  
2. Auflage, München u. Berlin 1951
- - - Die Verkehrssicherungspflicht in Ansehung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch.  
In: Deutsches Verwaltungsblatt 1952, S. 164 ff.
- Friebe Neugestaltung des Amtshaftungsrechts,  
In: Verwaltungsjahrbuch, Bd. 47, S. 77 ff.
- Friesenhahn Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts.  
In: Recht, Staat, Wirtschaft  
2. Bd., 239 ff.  
Stuttgart u. Köln 1950
- Frisius Anmerkung in: Neue Juristische Wochenschrift 1957, S. 1625 f.
- Geigel, Reinhart -  
Geigel, Robert Der Haftpflichtprozess.  
7. Aufl., München u. Berlin 1954
- Germershausen, A. -  
Seydel, G. Wegerecht und Gegeverwaltung in Preußen.  
1. Bd., 4. Aufl., Berlin 1932
- v. Gierke, Otto Empfiehlt sich eine einheitliche Regelung der Haftung des Staates und anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts für den von ihren Beamten bei Ausübung der



- diesen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden?  
In: Verhandlungen des 28. Deutschen Juristentages, 1. Bd., S. 102 ff.  
Berlin 1905
- Giese, Friedrich  
Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.  
3. Auflage, Frankfurt 1953
- Goltermann, Erich  
Eisenbahnverkehrsordnung.  
2. Auflage, Berlin, Bielefeld, München 1950
- - -  
Anmerkung in: Neue Juristische Wochenschrift 1952, S. 1211 f.
- - -  
Anmerkung in: Neue Juristische Wochenschrift 1953, S. 387
- Häberlin  
Die Lehre von der Zwangsenteignung.  
In: Arch. f. d. civ. Praxis  
Bd. XXXIX, S. 1 ff.
- Haueisen  
Straßenbaulast und Verkehrssicherungspflicht.  
In: Neue Juristische Wochenschrift 1953, S. 1613 f.
- Hellmuth  
Verletzt ein Postbeamter, der bei der Führung eines Postkraftwagens den Unfall eines Fußgängers schuldhaft hervorruft, eine dem Fußgänger gegenüber bestehende Amtspflicht in Ausübung öffentlicher Gewalt?  
In: Verkehrrechtliche Abhandlungen und Entscheidungen 1938, S. 498 ff.
- Heyen  
Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Verkehrssicherungspflicht.  
In: Neue Juristische Wochenschrift 1955, S. 326 ff.
- Hofacker, W.  
Die Verkehrssicherungspflicht.  
Stuttgart 1929
- Holtz, Leo - Kreutz, F. - Schlegelberger, Paul  
Das Preussische Wassergesetz.  
Kommentar i. d. Bearb. v. Schlegelberger.  
Bd. 1, 3. u. 4. Aufl., Berlin 1927  
Bd. 2, 3. u. 4. Aufl., Berlin 1931
- Höppfner  
Anmerkung in: Juristische Wochenschrift 1930, S. 1607
- Jellinek, Walter  
Verwaltungsrecht. Neudruck der 3. Auflage mit Nachtrag.  
Offenburg 1948/50
- Kaczmarzyk, Max  
Die Haftung für die Verkehrssicherheit der Reichswasserstraßen.  
Berlin 1936
- v. Kienitz  
Anmerkung in: Eisenbahn- und Verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen, Bd. 53, S. 384
- v. Köhler, Ludwig  
Grundlehren des Deutschen Verwaltungsrechts. 2. Neudruck,  
Stuttgart u. Berlin 1936

- Köttgen                                    Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt  
In: Veröffentl. d. Vereinigg. dt. Staatsrechtslehrer, Heft 6, S. 105 ff.  
Berlin u. Leipzig 1929
- Kraft                                        Gedanken zum Problem der Verkehrssicherungspflicht.  
In: Die öffentliche Verwaltung, 1954, S. 518 ff.
- Krückmann                                    Anmerkung in: Juristische Wochenschrift 1927, S. 2199 f.
- Laband, Paul                                Das Staatsrecht des Deutschen Reiches.  
1. Bd., 5. Auflage, Tübingen 1911  
3. Bd., 5. Auflage, Tübingen 1913
- Laforet                                     Verwaltung und Ausführung der Gesetze nach dem Bonner Grundgesetz.  
In: Die öffentliche Verwaltung 1949, S. 221 ff.
- Laux                                         Ist die Personenbeförderung der Bundespost im Linienverkehr Ausübung hoheitlicher Gewalt?  
In: Neue Juristische Wochenschrift 1952, S. 772 f.
- Layer, Max                                  Principien des Enteignungsrechtes  
Leipzig 1902
- Lindenmaier, Fritz -                        Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes.  
Möhrring, Philipp  
Loseblattsammlung.  
München u. Berlin 1950
- List                                         Die staats- und verwaltungsrechtliche Stellung der Deutschen Reichspost und der Deutschen Reichsbahn.  
In: Verkehrsrechtliche Rundschau 1940, S. 1425 ff.
- Loening, Edgar                              Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach Deutschem Privat- und Staatsrecht.  
Frankfurt a./M. 1879
- v. Mangoldt, Hermann                        Das Bonner Grundgesetz. Kommentar  
Berlin u. Frankfurt a./M. 1953
- Mayer, Otto                                 Deutsches Verwaltungsrecht.  
1. Bd., 3. Auflage,  
2. Bd., 3. Auflage,  
München und Leipzig 1924
- Meyer                                        Anmerkung in: Verkehrsrechtliche Abhandlungen und Entscheidungen 1938, S. 231 f.
- Nadler -Wittland -                         Deutsches Beamten-gesetz.  
Ruppert  
Teil 1, Berlin 1938
- Nebinger, Robert                            Verwaltungsrecht.  
Allgemeiner Teil, 2. Auflage,  
Stuttgart 1949

- Niggl, A. Postverkehrsgesetze.  
3. Auflage, Stuttgart 1928
- Ohnesorge Die Rechtstellung der Deutschen Reichspost.  
In: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1937, S. 385 ff.
- Pagendarm Anmerkung in: Lindenmaier-Möhrring,  
Nr. 4 zu § 278 BGB, Bl. 311 ff.
- Palandt, Otto Kurzkommentar zum Bürgerlichen  
Gesetzbuch.  
12. Aufl., München u. Berlin 1954
- Peters, Han Lehrbuch der Verwaltung.  
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
- Pfeiffer, B. W. Practische Ausführungen aus allen  
Teilen der Rechtswissenschaft.  
2. Band Hannover 1828  
3. Band Hannover 1831  
8. Band Hannover 1846
- Piloty Die Haftung des Staates für seine  
Beamten.  
In: Annalen des Deutschen Rechts  
1888, S. 245 ff.
- Pust, Wolfgang Die rechtliche Natur der Haftung  
des Staates, der Gemeinden und an-  
derer Körperschaften des öffent-  
lichen Rechts für den ordnungsmässi-  
gen Zustand der öffentlichen Stra-  
ßen, Wege und Plätze.  
Diss. jur., Hamburg 1941
- Reichsgerichtsräte-  
Kommentar zum bür-  
gerlichen Gesetzbuch 1. Band, 10. Auflage, bearb. von  
Johannes Denecke und Friedrich Oegg,  
Berlin 1953
- Richter Zum Begriff der öffentlichen Gewalt.  
In: Juristische Wochenschrift  
1938, S. 3279 ff.
- Schelcher, Walter Justiz und Verwaltung.  
(Ergänzungsheft zu Fischers Zeit-  
schrift für Praxis und Gesetzgebung  
der Verwaltung, Band 50)  
Leipzig 1919
- Schuster Die Anwendbarkeit des Art. 131 WV  
bei Verkehrsunfällen durch Fahrzeuge  
im öffentlichen Dienst unter beson-  
derer Berücksichtigung der Deutschen  
Reichspost.  
In: Jahrbuch des Postwesens 1937,  
S. 323 ff.
- Siebert Die Haftung der juristischen Perso-  
nen des öffentlichen Rechts nach  
§ 89 BGB im Rahmen des allgemeinen  
Haftungsrechts.  
In: Die öffentliche Verwaltung  
1951, S. 44 ff.

- Soergel, Hs. Th. u.a. Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz.  
1. Band, 8. Aufl.,  
Stuttgart u. Köln 1952
- v. Staudinger, J.u.a. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz.  
VI. Band, 1. Teil erl. von Hans  
Gramm,  
10. Aufl., Berlin u. München 1939
- Stern, Hermann Die Haftung des Staates für seine  
Beamteten und Angestellten mit be-  
sonderer Berücksichtigung der  
Haftung für Erfüllungsgehilfen bei  
Öffentlich-rechtlichen Rechtsver-  
hältnissen.  
Diss. jur., Münster 1928
- Süsterhenn, Adolf -  
Schäfer, H. Kommentar der Verfassung für  
Rheinland-Pfalz.  
Koblenz 1950
- Thos Die Haftung des Reichs- (Wehr-  
machts-) Fiskus bei Unfällen von  
Heereskraftfahrzeugen.  
In: Juristische Wochenschrift  
1937, S. 662 f.
- Tögel Zur Auslegung des Art. 34 Grund-  
gesetzes.  
In: Juristenzeitung 1951, S. 107 f.
- v. Veltheim, Hilmar Der Rechtscharakter der Eisenbahn-  
beförderungsverhältnisse.  
Diss. jur., Göttingen 1952
- Wagner Anmerkung in: Juristische Wochen-  
schrift 1928, S. 1289
- - - Anmerkung in: Juristische Wochen-  
schrift 1938, S. 867
- Weber, Werner Der Rechtscharakter des Reichsbahn-  
betriebes und das Reichsgericht.  
In: Zeitschrift der Akademie für  
Deutsches Recht 1939, S. 679 f.
- Weimar, Wilhelm Die Amts- und Staatshaftung.  
Frankfurt a./M. 1954
- Wolff, Hans J. Organschaft und Juristische Per-  
sonen.  
2. Bd.: Theorie der Vertretung.  
Berlin 1934
- - - Der Unterschied zwischen öffent-  
lichem und privatem Recht.  
In: Archiv für Öffentliches Recht  
1950, S. 205 ff.
- - - Anmerkung in : Juristenzeitung  
1953, S. 552 ff.

- Zachariae                   Über die Haftungsverbindlichkeit  
des Staats aus rechtswidrigen Hand-  
lungen und Unterlassungen seiner  
Beamten.  
In: Zeitschrift für die gesamte  
Staatswissenschaft,  
XIX. Bd., S. 582 ff.,  
Tübingen 1863
- Zorn, Philipp               Staatsrecht des Deutschen Reiches.  
2. Band, 2. Auflage, Berlin 1892

Abkürzungen

- BcKom                   Kommentar zum Bonner Grundgesetz.  
Bearb. von Bodo Dennewitz
- EBBO                   Eisenbahn- Bau- und -Betriebsordnung
- EE                   Eisenbahn- und Verkehrsrechtliche Entschei-  
dungen und Abhandlungen
- EVO                   Eisenbahnverkehrsordnung
- LM                   Lindenmaier-Möhrling, Nachschlagewerk des  
Bundesgerichtshofes.
- RG Rkom               Reichsgerichtsräte-Kommentar
- RStW                   Recht, Staat, Wirtschaft
- VAE                   Verkehrsrechtliche Abhandlungen und Ent-  
scheidungen
- Vers.R.               Versicherungsrecht

## I. Teil

### Grundlage der Begriffsbestimmung

#### § 1

#### Einleitung

Nach herrschender Lehre ist die (ausservertragliche) Haftung der Träger öffentlicher Verwaltung und ihrer Beamten verschieden geregelt, je nachdem sie jemanden in "Ausübung eines öffentlichen Amtes" oder bei "Vornahme fiskalischer Verrichtungen" schädigen.

Einmal richtet sich die Haftung - von wenigen Ausnahmen abgesehen - nach Art. 34 GG/§ 839 BGB, das andere Mal die des Beamten nach § 839 BGB und die seines Dienstherrn nach §§ 823 ff BGB in Verbindung mit §§ 31/89 BGB oder § 831 BGB.

Der Unterschied der beiden Haftungsarten ist erheblich.

1) Bei "Ausübung eines öffentlichen Amtes" haften Träger öffentlicher Verwaltung - von wenigen Ausnahmen abgesehen - anstelle ihrer Beamten. Nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit können sie diese ihrerseits ersatzpflichtig machen.

Bei fiskalischen Schädigungen kann dagegen der Geschädigte auch den schuldigen Beamten unmittelbar nach § 839 BGB in Anspruch nehmen.

2) Bei "Ausübung eines öffentlichen Amtes" haften Träger öffentlicher Verwaltung für alle Beamten.

Bei fiskalischen Schädigungen haften dagegen Träger öffentlicher Verwaltung nur für ihre verfassungsmäßig berufenen Vertreter uneingeschränkt (§§ 31/89 BGB). Ist der Schaden durch andere Beamten verursacht, so kann sich der öffentliche Dienstherr durch den Nachweis ihrer sorgfältigen Auswahl, Leitung

und Ausrüstung von der Haftung befreien (§ 831 Abs. 1 S. 2 BGB).

Diese Hauptunterschiede der beiden Haftungsarten <sup>1)</sup> und ein Blick in die Praxis <sup>2)</sup> zeigen, daß für den Geschädigten der Anspruch aus Art. 34 GG/§ 839 BGB regelmäßig günstiger ist, weil die Haftungsausnahmen des § 839 BGB seltener zum Zuge kommen und ihm in den übrigen Fällen nicht ein Beamter, sondern ein leistungsfähiger Träger öffentlicher Verwaltung Ersatz des entstandenen Schadens schuldet.

Für den Beamten ist die Haftungsregelung bei Ausübung eines öffentlichen Amtes in jedem Falle schon deswegen vorteilhafter, weil in der Regel Art. 34 GG seine unmittelbare Inanspruchnahme durch den Geschädigten verhindert.

---

1) Im einzelnen SIEBERT D.ö.V. 1951/44 ff.,  
KACZMARZYK 8 ff, FRIEBE 77 ff

2) KACZMARZYK aaO., FRIEBE aaO.

## § 2

### Methode der Begriffsbestimmung

Was "Ausübung eines öffentlichen Amtes" bedeutet, ist im Gesetz nicht gesagt. Offenbar bedient sich der Gesetzgeber eines Begriffes, mit dem er eine Vorstellung verbindet, die sich noch nicht zu einer exakten Definition verdichtet hat. Sie zu finden, bieten sich zwei Methoden an.

Man könnte zunächst die gewünschten Begriffsmerkmale einer Reihe solcher Fälle zu entnehmen versuchen, die entweder das Gesetz selbst oder die allgemeine Rechtsauffassung zweifelsfrei als "Ausübung eines öffentlichen Amtes" bezeichnen. Diese Methode ist jedoch dem Bedenken ausgesetzt, dass schon bei der Auswahl der sicheren Fälle ein Irrtum unterlaufen kann. Zudem besteht hier die Gefahr, einen Begriff zu erhalten, der Merkmale der sog. "unsicheren" Fälle nicht enthält und daher zu weit ist.

Für jeden nicht willkürlichen Versuch zu bestimmen, was "Ausübung eines öffentlichen Amtes" bedeutet, bleibt somit kein anderer Weg, als von der Vorstellung des Grundgesetzgebers auszugehen, der den Begriff einführte. Wenige ganz unstreitige Beispiele mögen hier und da das Gesagte veranschaulichen, die Argumentation kann sich jedoch nicht allein auf sie stützen.

Die geschichtliche Entwicklung des gesuchten Begriffes und seine Funktion im Gesetze beantworten die Frage nach der Vorstellung des Gesetzgebers.

Vorher gilt es jedoch noch zu klären, in welchem Sinne einige in der Untersuchung sich häufig wiederholende Begriffe gebraucht werden.



§ 3

Träger öffentlicher Verwaltung -  
hoheitliches, obrigkeitliches und fiskalisches  
Handeln

"Träger öffentlicher Verwaltung" sind die rechtsfähigen öffentlichen Körperschaften (Staaten, Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände, die als solche anerkannten Religionsgesellschaften u.v.a.m.), die rechtsfähigen öffentlichen Anstalten und die rechtsfähigen öffentlichen Stiftungen sowie die mit der Ausübung öffentlicher Verwaltung im eigenen Namen Beliehenen.

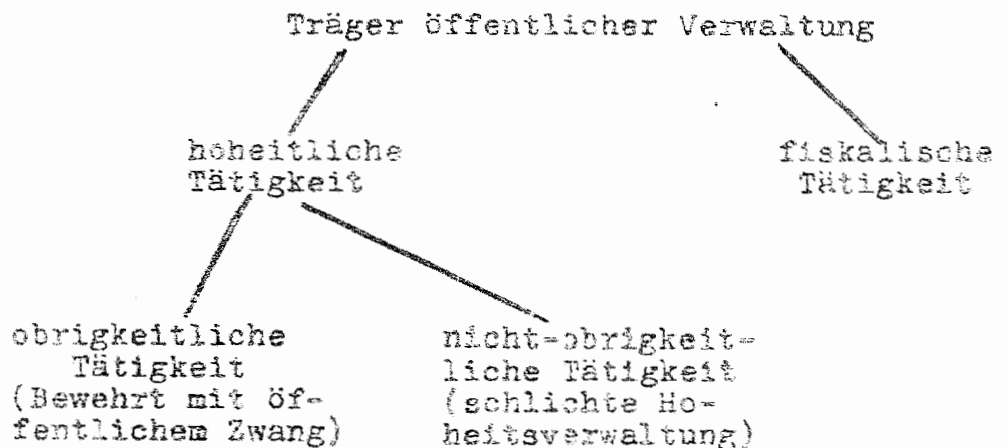
"Hoheitlich" und "obrigkeitlich"

Der diesbezügliche Sprachgebrauch ist nicht einheitlich. Beide Worte werden verwandt, um den Gegensatz zu fiskalischem Handeln darzutun oder um die mit Zwang verbundenen Verwaltungsmaßnahmen von den übrigen abzusondern. WALTER JELLINEK <sup>3)</sup> stellt die hoheitliche Verwaltung (öffentliche Verwaltung - Hoheitsverwaltung) der fiskalischen Verwaltung gegenüber und unterscheidet innerhalb der hoheitlichen Verwaltung die obrigkeitliche Verwaltung und die schlichte Hoheitsverwaltung. In der obrigkeitlichen Verwaltung betätigt sich die dem Staat oder sonstigen Trägern öffentlicher Verwaltung eigentümliche Macht. Die schlichte Hoheitsverwaltung ist die nicht-obrigkeitliche Hoheitsverwaltung, die auch als pflegende, betreuende, fürsorgende, vorsorgende Verwaltung bezeichnet wird <sup>4)</sup>.

-----  
3) Verwaltungsrecht 20 ff

4) vgl. z.B. NEBINGER 42, PETERS 129

Da auch Art. 33 Abs. 4 GG und § 4 BeamtenG die "Ausübung hoheitlicher Befugnisse" im Sinne von "Ausübung öffentlicher Gewalt" gebrauchen <sup>5)</sup>, sei dem Sprachgebrauch JELLINEKS gefolgt. Es ergibt sich sodann folgendes Schema:



---

5) vgl. v. MANGOLDT Anm. 6 zu Art. 33, S. 211

§ 4

Die geschichtliche Entwicklung des Begriffs

Art. 34 GG ist an die Stelle des Art. 131 WV getreten, der nicht von der "Ausübung eines öffentlichen Amtes", sondern von der "Ausübung öffentlicher Gewalt" sprach.

Diese oder ähnliche Begriffe spielten im römischen und deutschen Recht keine Rolle <sup>6)</sup>.

Erst im Laufe des Kampfes um die Amtshaftung, die sich Anfang dieses Jahrhunderts in Deutschland durchsetzte, arbeitete man allmählich immer schärfer den Begriff "Ausübung öffentlicher Gewalt" heraus und stellte ihn der fiskalischen Tätigkeit gegenüber.

Im Staatshaftungsrecht unterschied PFEIFFER <sup>7)</sup> - 1828 - zunächst zwischen Rechtsverletzungen im Rahmen eines Vertrages und bei Anwendung staatlichen Zwanges. Nach seiner Ansicht sollte der Staat auch im letzteren Falle - allerdings nach besonderen Regeln - schadensersatzpflichtig sein.

PFEIFFERS Ausführungen wurden von ZACHARIAE schärfer gefaßt. In dem Bestreben, die gesamte Tätigkeit der Träger öffentlicher Verwaltung zu erfassen, unterschied er drei Fallgruppen: <sup>8)</sup>

- I. Alle privatrechtlichen (nicht nur die vertraglichen) Geschäfte,
- II. Die Ausübung öffentlicher Machtbefugnisse

-----  
6) vgl. ZACHARIAE 584 ff und 587 ff; LOENING 24 ff

7) PFEIFFER 2. Bd. 361 - 384, 3. Bd. (1831) 380 - 386, 8. Bd. (1846) 545 - 548

8) ZACHARIAE 619 f

III. Die "jurisdictio voluntaria" (Obervormundschaft, Hypotheken- und Pfandwesen, Confirmation und Beurkundung von Rechtsgeschäften). Träger öffentlicher Verwaltung sollten auch für die Schadenszufügung bei der "jurisdictio voluntaria" und bei der "Ausübung öffentlicher Machtbefugnisse" einstehen, und zwar nach denselben Grundsätzen <sup>9)</sup>.

Später gab man die letztere Unterscheidung auf und sprach nur noch von der "Ausführung öffentlich-rechtlicher Funktionen <sup>10)</sup>", von "Regierungsacten der Staatsbeamten als solcher" <sup>11)</sup>, von der "Ausübung von Hoheitsrechten" <sup>12)</sup>, von der "Ausübung der Staatsgewalt" <sup>13)</sup> u. ä..

Dabei war man sich darüber einig, daß Träger öffentlicher Verwaltung bei privatrechtlicher oder fiskalischer Tätigkeit "wie jede privatrechtliche juristische Person", also nach privatrechtlichen Grundsätzen zu haften hatten <sup>14)</sup>. Einig war man sich auch darüber, daß der fiskalischen Tätigkeit allein die Ausübung öffentlicher Gewalt gegenüberstand <sup>15)</sup>, und diese auch pflichtwidrige Unterlassungen umfaßte <sup>16)</sup>. Umstritten war dagegen, ob und inwieweit auf hoheitlichem Gebiete Träger öffentlicher Verwaltung für das Versehen ihrer Beamten einstehen sollten <sup>17)</sup>.

9) ZACHARIAE 620 f

10) LOENING 2

11) LOENING 110, 115

12) LOENING 2; RG 56/89

13) LOENING 93

14) PFEIFFER Bd. 2 361 ff; ZACHARIAE 620 f; LOENING 93, 2 f und die dort angegebene Literatur

15) LOENING 51, 2 mit Literatur

16) ZACHARIAE 617, 642; LOENING 126; vergl. § 71 II GVG

17) Für eine Staatshaftung: PFEIFFER aaO, ZACHARIAE 635 ff. Dagegen: LOENING 134, PILOTY 245 ff. vgl. weiter die Literaturübersicht bei LOENING 2 f u.d. Vhdlgn. z.d. VI. (1867), IX. (1871) u.d. XXVIII. (1905) Deutschen Juristentagen, die die Frage der Amtshaftung erörterten.

Die Tätigkeit der Träger öffentlicher Verwaltung hatte also nach damaliger Ansicht entweder fiskalischen oder hoheitlichen Charakter. Eine Definition des hoheitlichen oder fiskalischen Handelns ist in Schrifttum und Rechtsprechung jener Zeit nicht zu finden. Wie die Einbeziehung der *jurisdictio voluntaria* aber zeigt, konnten jedenfalls nicht nur die Ausübung obrigkeitlicher Zwangsbefugnisse, sondern auch Akte der (heute) sog. pflegenden oder schlichten Verwaltung hoheitliche Tätigkeit darstellen.

Nach einhelliger Auffassung, die vor allem vom Reichsgericht<sup>18)</sup> an Hand früherer Erkenntnisse und der Gesetzesmotive begründet wurde, gehen auch das BGB und das EGBGB von dieser Unterscheidung zwischen hoheitlichem und fiskalischem Handeln aus, wenn sie (Art. 77 EGBGB) die Haftungsregelung für die in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgte Schädigung der Landesgesetzgebung überlassen, im übrigen aber die Haftung der Träger öffentlicher Verwaltung für das Versehen ihrer Beamten in den §§ 31, 89, 831, 823 ff, 276, 278 BGB regeln. Der Begriff "Ausübung öffentlicher Gewalt" im Sinne des Art. 77 EGBGB besteht also nicht notwendig in der Ausübung eines staatlichen Zwanges, er umfaßt auch Akte des staatlichen Schutzes, der staatlichen Fürsorge<sup>19)</sup>.

Von dem landesrechtlichen Vorbehalt des Art. 77 EGBGB machten die meisten deutschen Staaten Gebrauch<sup>20)</sup>. Preußen regelte die Haftung für Schäden, die seine Beamten in Ausübung öffentlicher Gewalt anrichteten, durch Gesetz vom 1. 8. 1909, das Reich durch Gesetz vom 22. 5. 1910.

-----  
18) RG 56/84 (89), RG 84/27 (28), RG 91/273 f

19) OTTO MAYER 2. Bd. Anm. 23 auf 294, RG 56/89 spricht deshalb nicht von öfftl. Gewalt, sondern von der Ausübung von Hoheitsrechten.

20) Im einzelnen DOCH 244 ff, COESTER 287

1919 trat an die Stelle der Einzelgesetze Art. 131 N.V. In Anlehnung an die alten Bestimmungen macht auch er die Amtshaftung von der Ausübung öffentlicher Gewalt abhängig.

So wie in den angeführten Gesetzen ist auch in ihren Materialien und Motiven der Begriff "Ausübung öffentlicher Gewalt" nicht bestimmt worden <sup>21)</sup>. Lediglich aus der Begründung zu dem "Entwurf eines Gesetzes über die Haftung des Reichs für seine Beamten" <sup>22)</sup> verdient ein Teil der Ausführungen zu § 1 des Gesetzes seiner begrifflichen Bedeutung wegen angeführt zu werden. Es heißt dort <sup>23)</sup>:

"Die im Entwurf vorgesehene Haftung des Reichs tritt nur dann ein, wenn der Reichsbeamte in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt gehandelt hat. Der Ausdruck "Ausübung öffentlicher Gewalt" ist in dem gleichen Zusammenhang schon in Art. 77 ABGB gebraucht. Er bezeichnet zutreffend die hier in Betracht kommende Sphäre staatlicher Wirksamkeit, die, zum Unterschied von anderen Seiten der Staatstätigkeit, welche dem allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehr angehören, dem Staate als solchem eigentümlich ist. Daß auch pflichtwidrige Unterlassungen in Ausübung öffentlicher Gewalt begangen werden können, versteht sich von selbst".

Rechtssprechung und Schrifttum haben die geschichtlich bedingten Grundsätze zum Begriff der Ausübung öffentlicher Gewalt stets ausdrücklich anerkannt <sup>24)</sup>. Tatsächlich jedoch oft nicht beachtet. Vor 1919 lies

-----  
21) BUBE 12 - 31 ausführlich.

22) Drucksache Nr. 5 in Bd. 270 der Anlagen zu den stenographischen Berichten der 12. Legislaturperiode, 2. Session 1909/1910

23) aaO. 17

24) RG 56/89; 68/285; 91/274; 101/355; 102/32; 105/99; 114/201; 144/267; 145/185; 165/98.

man sich davon leiten, daß dort, wo eine Amtshaf-  
tung bestand, der Begriff "Ausübung öffentlicher  
Gewalt" weit, dort dagegen, wo sie nicht vorgese-  
hen war, eng auszulegen <sup>25)</sup>. Es gilt die Parole  
DERNBURGS <sup>26)</sup> "in dubio contra fiscum". Wie  
KACZMARZYK nachgewiesen hat, folgte ihr insbe-  
sondere auch das Reichsgericht <sup>27)</sup>.

-----  
25) VON GIERKE 132

26) I/188

27) 189 ff

§ 5

Art. 34 des Grundgesetzes

Heute regelt Art. 34 GG die Amtshaftung. Er spricht nicht mehr von der "Ausübung öffentlicher Gewalt", sondern von der "Ausübung eines öffentlichen Amtes".

Aus der Änderung des Wortlautes folgert ein Teil des Schrifttums, daß die alte Unterscheidung zwischen hoheitlichem und fiskalischem Handeln aufgegeben sei und die Amtshaftung nicht nur bei hoheitlicher, sondern auch bei fiskalischer Tätigkeit eintreten könne. Die bisher schwächere Haftung des öffentlichen Dienstherrn für Pflichtverletzungen auf dem Gebiete des Privatrechts nach §§ 89, 31, 278, 823, 831 BGB falle heute weg<sup>28)</sup>.

Für diese Lehre spricht der Begriff des "Amtes", wie er im Verwaltungsrecht gebraucht wird. Für ihn ist die Unterscheidung zwischen hoheitlicher und fiskalischer Tätigkeit unerheblich. Auch eine Institution, die ihre Aufgaben ausschließlich mit den Mitteln des Privatrechts wahrnimmt, kann ein "Amt" sein<sup>29)</sup>. Die in Art. 34 GG gewählte Bezeichnung des Amtes als "öffentlich" braucht nicht unbedingt zu bedeuten, daß dort nur Ämter gemeint sind, deren Aufgaben hoheitlich erledigt werden. Denn im allgemeinen Sprachgebrauch und auch in Art. 33 Abs. 2 GG wird auf diese Weise nur die Öffentlichkeit der Institution als solcher hervorgehoben<sup>30)</sup>.

-----  
28) GIESE Anm. II. 2. zu Art. 34; SÜSTERHENN-SCHÄFER Anm. 2 b zu Art. 128, S. 442; FRIESENHAHN RStW Bd. 2, 279; SCHUSTER Arch. f. Post- u. Fernmeldewesen 1950 / 96.

29) H.J. WOLFF: Theorie der Vertretung 224 ff. 280 ff; FORSTHOFF Lehrbuch 336 f; JELLINEK 359; TOGEL JZ 51/107; LOENING 53.

30) FORSTHOFF Lehrbuch 337.



Die Entstehungsgeschichte des Art. 34 GG zeigt jedoch, daß der Grundgesetzgeber den Begriff des "öffentlichen Amtes" nicht in dem Sinne verwendet wie die Verwaltungsrechtswissenschaft.

Ausgangspunkt der Beratungen zur Amtshaftung war Art. 131 WV, "dessen Grundsätze fortgelten" sollten. Demzufolge wurde zunächst nur von der Ausübung öffentlicher Gewalt gesprochen<sup>31)</sup>. Erst in dem Kurzprotokoll der 17. Sitzung des Zuständigkeitsausschusses vom 23. 11. 1948 findet sich in dem die Amtshaftung regelnden Art. 20a Abs. 2 statt "in Ausübung .. öffentlicher Gewalt" die Fassung "in Ausübung eines .. öffentlichen Amtes". Eine Begründung für diesen Wechsel im Wortlaut wird nicht gegeben. Da aber die Unterscheidung zwischen hoheitlicher und fiskalischer Tätigkeit mit ihren weitgehenden haftungsrechtlichen Folgen seit langer Zeit in unserem Recht verwurzelt ist, ist es unwahrscheinlich, daß der Gesetzgeber sie aufgegeben hätte, ohne ein Wort darüber zu verlieren. Dafür, daß er diese Unterscheidung nicht aufgeben wollte, spricht dann vor allem, daß noch in den Beratungen nach dem 23. 11. 1948 mehrmals betont wurde, in dieser Frage "das vorhandene Recht nicht zu ändern" und "den Rechtsgedanken des Art. 131 WV zu übernehmen und im Grundgesetz wirklich auszudrücken"<sup>32)</sup>

- 
- 31) a) Art. 120 Herrenchiemsee-Entw. z. GG - Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee v. 10. - 23.8.48 S. 52
  - b) Zuständigkeitsausschuß d. Parlament. Rates. Sitzg. v. 29. u. 30.9.48 - Kurzprot. d. 5. u. 6. Sitzg. S. 7 u. 8.
  - c) Zuständigkeitsausschuß v. 14.10.48 Kurzprot. d. 12. Sitzg.
  - d) vgl. v. MANGOLDT Art. 34, Anm. 1 zur Entstehungsgeschichte unter Anm. 6 zu Art. 33
- 32) a) Ausschuß für Grundsatzfragen v. 3.12.48 - Kurzprot. d. 28. Sitzg. S. 1/2
- b) Hauptausschuß d. Parl. Rates v. 4.12.48 - Prot. d. 18. Sitzg. - vgl. LAFORET als Mitgl. des Hauptausschusses in DÖV 49/221 f
  - c) Entstehungsgeschichte eingehend bei DICKERTMANN MDR 50/726 f - vgl. JESS in Bo. Kom. Art. 34 II. 3.

Wie v. MANGOLDT als Mitglied des Parlamentarischen Rates betont <sup>33)</sup>, deutet auch das dem Grundgesetzgeber vorschwebende Ziel bei der Schaffung des Art. 34 GG darauf hin, daß "Ausübung eines öffentlichen Amtes" nichts anderes als "Ausübung öffentlicher Gewalt" im Sinne des Art. 131 WV bedeuten soll. Es ging nämlich damals nur darum, den Schutz des Einzelnen vor der immer weiter um sich greifenden Macht des Staates zu gewährleisten. Bei einer bloß fiskalischen Schädigung empfand man daher kein Bedürfnis für eine Amtshaftung.

Diese Erwägungen zeigen, daß in Art. 34 GG die alte Unterscheidung zwischen hoheitlichem und fiskalischem Handeln nicht aufgegeben wurde. Die Ersetzung des Ausdruckes "öffentliche Gewalt" durch den des "öffentlichen Amtes" hat nur den Sinn, der Rechtsprechung zu Art. 131 WV <sup>34)</sup> Rechnung zu tragen, die unter der Ausübung öffentlicher Gewalt nicht nur die Anwendung obrigkeitlicher Zwangsmittel, sondern auch die Betätigung öffentlichen Schutzes und öffentlicher Fürsorge begriff <sup>35)</sup>.

-----  
33) v. MANGOLDT 215, Anm. 2 zu Art. 34.

34) vgl. Anm. 24 d.A.

35) FORSTHOFF 244, 246; DENECKE JR 53/40 (42).

§ 6

Zusammenfassung

Die bisherigen Ausführungen zeigen, daß die Vorstellung des Grundgesetzgebers von dem Begriff der "Ausübung eines öffentlichen Amtes" in Art. 34 GG durch folgende Grundsätze bestimmt ist:

- I. Die "Ausübung eines öffentlichen Amtes" bedeutet nichts anderes als "Ausübung öffentlicher Gewalt" in Art. 131 IV oder "hoheitliche Tätigkeit".
- II. Sie umfaßt nicht nur die Anwendung obrigkeitlicher Zwangsgewalt, sondern auch Maßnahmen rein fürsorgenden Charakters.
- III. Auch pflichtwidrige Unterlassungen können in den Bereich eines "öffentlichen Amtes" fallen.
- IV. Nur Träger öffentlicher Verwaltung bzw. ihre Organwalter können hoheitlich handeln. Fiskalisch kann jedermann handeln.
- V. Jede Tätigkeit eines Trägers öffentlicher Verwaltung oder seiner Organwalter ist hoheitlich oder fiskalisch. Ein weiteres Gebiet öffentlicher Betätigung gibt es nicht.
- VI. "Ausübung eines öffentlichen Amtes" ist "Ausübung eines Trägers öffentlicher Verwaltung eigentümlichen Amtes". Dies folgt schon aus den Grundsätzen IV und V und wird bestätigt durch die angeführten Materialien zum Reichsbeamtenhaftungsgesetz und viele RG-Entscheidungen <sup>36)</sup>.

Diese Grundsätze sind das Fundament für den folgenden Versuch, den Begriff "Ausübung eines öffentlichen Amtes" zu bestimmen

36) vgl. z.B. RG 113/301 (304); RG 166/1 (7)

## II. Teil

In den folgenden Paragraphen werden einzelne Theorien zum Begriff des öffentlichen Amtes in Art. 34 GG getrennt dargestellt und untersucht. Das darf nicht zu der Annahme verleiten, als ob auch in Schrifttum und Rechtsprechung immer eine solche scharfe Trennung durchgeführt würde. Dort ist es vielmehr die Regel, die hier unterschiedenen Versuche einer Definition nebeneinander anzuwenden und so den gesuchten Begriff mehr zu beschreiben als zu bestimmen <sup>37)</sup>.

### § 7

#### Die Subjektionstheorie

Viele Versuche, den Begriff des hoheitlichen Handelns zu bestimmen, lassen sich von dem in den alten Amtshaftungsbestimmungen gebrauchten Ausdruck "öffentliche Gewalt" verleiten, anzunehmen, daß im Sinne des Haftungsrechts hoheitlich nur die öffentliche Tätigkeit sei, "bei der zumindest Befehl und Zwang vorkommen könne" <sup>38)</sup>. Obgleich bereits OTTO MAYER <sup>39)</sup> schrieb, daß öffentliche Gewalt nicht nur "in der plumpen Gestalt von Befehl und Zwang", sondern auch "in feineren Ausgestaltungen", nämlich der öffentlichen Fürsorge, ausgeübt werde, und die höchstrichterliche Rechtsprechung ständig wiederholt hat, daß unter Ausübung öffentlicher Gewalt nicht nur die Ausübung obrigkeitlicher Zwangsbefugnisse zu begreifen sei, kann sich selbst der Bundesgerichtshof von der Wendung "öffentliche Gewalt"

-----

37) STAUDINGER-GRAMM Anm. 23 zu Art. 77 EGBGB  
OEGG in RGR Kom. I 2b zu § 89; SOERGEL-SIEBERT  
II 3 zu § 89; PALANDT-GRAMM 2c zu § 839

38) COESTER 312; RICHTER J.W. 38/3274; SCHUSTER  
Jhb. 37/323 ff

39) 2. Bd. Anm. 23 auf 294

nicht losreißen. In seinen Entscheidungen BGH 4/138 (152) und BGH 9/145 (149 f) <sup>40)</sup> lehnt er die Anwendung des Art. 34 GG allein mit der Begründung ab, daß ein Über- und Unterordnungsverhältnis nicht vorgelegen habe <sup>41)</sup>.

Eine solche Argumentation beachtet nicht nur nicht die neue Fassung des Art. 34 GG, der - um der Rechtsprechung zu Art. 131 WV Rechnung zu tragen - nicht mehr von der "Ausübung öffentlicher Gewalt", sondern von der "Ausübung eines öffentlichen Amtes" spricht. Sie verkennt auch, daß eine Überordnung gegenüber anderen Personen, mag es sich nun um eine rein tatsächliche oder aber um eine durch die Rechtsordnung begründete handeln, Trägern öffentlicher Verwaltung nicht eigentümlich ist: Auch ein mächtiges Industrieunternehmen, das nicht Träger öffentlicher Verwaltung ist, kann auf wirtschaftlich abhängige Betriebe Einfluß nehmen und gegebenenfalls seinen Willen zwangsweise durchsetzen. Auch die nicht mit öffentlicher Gewalt beladenen Eltern sind ihren Kindern durch das Erziehungsrecht in bestimmter Weise übergeordnet und berechtigt, diesen Weisungen zu erteilen. - Wenn aber eine Überordnung Trägern öffentlicher Verwaltung nicht eigentümlich ist, dann ist dies Merkmal auch nicht geeignet, hoheitliches und fiskalisches Handeln zu unterscheiden. Dies folgt aus den geschichtlich gewonnenen Grundsätzen zum Begriff der "Ausübung eines öffentlichen Amtes" <sup>42)</sup>.

-----  
40) Die Entscheidung stellt bei der "Gesamtwertung der Einzelelemente der Organisation" im Ergebnis allein auf ein Über- und Unterordnungsverhältnis ab.

41) Vgl. auch OLG Köln DVBl. 1952/177, Hans. OLG MDR 1953/169 1. Sp.

42) Siehe § 6; H. J. WOLFF AöR 1950/205 (205 f), JZ 1953/552 ff (zu BGH 9/145); DENECKE JR 1953/40 (42) (zu BGH 4/139)

§ 8

Die Zwecktheorie und die Interessentheorie

Nicht selten hat man auch versucht, den Unterschied zwischen hoheitlichem und fiskalischem Handeln auf die Unterschiede zwischen öffentlichen, gemeinnützigen und privaten, wirtschaftlichen Zwecken oder Interessen zurückzuführen.

So schreibt OHNESORGE in seinem Aufsatz "die Rechtsstellung der Deutschen Reichspost" <sup>43)</sup>, "die Frage, ob die einzelnen Tätigkeitszweige (der Reichspost) in Ausübung hoheitlicher Gewalt bewirkt werden, ist allein nach dem Zweck zu beantworten, der mit ihnen verfolgt werden soll". Er verweist dabei u.a. auf ARNDT <sup>44)</sup>, der die Ansicht vertritt, "entscheidend ist der praevalierende Zweck, zu welchem die Geschäfte vom Staat vorgenommen werden". Dieser bestehe bei der Post nicht darin, Geld zu verdienen, sondern darin, dem gemeinen Besten zu dienen. Ihre Tätigkeit habe daher hoheitlichen Charakter. Demgegenüber meinte aber früher das Reichsgericht <sup>45)</sup>, zwar verfolge die Post gemeinnützige Zwecke, ihre Tätigkeit ziele aber auch darauf ab, dem Reiche Einnahmen zu verschaffen. Insbesondere mit Rücksicht auf letzteren Zweck müsse man die meisten postalischen Tätigkeiten als fiskalisch ansehen.

Obgleich beide, das Reichsgericht und die angeführten Vertreter der Literatur entscheidend auf den Zweck abstellen, kommen sie zu verschiedenen Ergebnissen.

-----  
43) Z. Ak.f.D.R. 1937/385 (388); ebenso z.B. ZOHN 2. Bd. 256; BRAND 273

44) 232 f

45) RG 126/28 (32); 139/150 ff und die dort angegebenen Entscheidungen

Beide Argumentationen sind falsch. Der Zweck einer Handlung ist meistens nicht eindeutig bestimmbar. Er liegt auch jenseits ihres Charakters als hoheitlicher oder fiskalischer Betätigung<sup>46)</sup>. Sowohl können verschiedene Zwecke mit demselben juristischen Mittel

siehe obiges Beispiel aus dem  
Postrecht (Seite 26)

als auch derselbe Zweck mit juristisch verschiedenartigen Mitteln verfolgt werden.

z.B. der Erwerb eines Grundstücks für den Eisenbahnbau durch Kauf oder Enteignung

Auch sind Tätigkeiten denkbar, die keinen Zweck haben, nach der Zwecktheorie also weder fiskalisch noch hoheitlich wären. Das aber stände im Gegensatz zu der schon im Anfang dieser Untersuchung getroffenen Feststellung, daß jede Tätigkeit eines Trägers öffentlicher Verwaltung nur fiskalisch oder hoheitlich sein kann.

Die Zwecktheorie ist also nicht in der Lage, den Begriff "Ausübung eines öffentlichen Amtes" zu bestimmen<sup>47)</sup>.

Den gegen sie angeführten Einwänden sind auch die Interessentheorie und diejenigen Versuche ausgesetzt, die den Unterschied zwischen hoheitlichem und fiskalischem Handeln auf die zwischen öffentlichen und privaten Belangen, Zielen und Aufgaben bestehenden Unterschiede zurückführen wollen<sup>48)</sup>.

-----

46) vgl. LABAND I/67/71

47) KRÜCKMANN JW 1927/2199 f

48) vgl. RG 86/122; 91/273; RG RKom. I 2b zu § 89; JESS in BoKom. Anm. 3 zu Art. 34; KG DR 1941/157  
OLG Kiel Vers. R. 1953/103 f

All diese Theorien zur Definition hoheitlichen Handelns unterlassen es überdies, sich mit den Fragen auseinanderzusetzen, ob überhaupt das öffentliche Interesse, der öffentliche Zweck usw. bestimmbare Rechtsbegriffe darstellen<sup>49)</sup> und wie sie zu definieren sind<sup>50)</sup>. Meist begnügt man sich damit, den Begriff des "Öffentlichen" allein aus seinem Gegensatz zum "Privaten" abzuleiten und kommt daher nicht über den Zirkelschluss hinaus: Öffentlich ist, was nicht privat ist; und privat ist, was nicht öffentlich ist<sup>51)</sup>.

Die in diesem Paragraphen geschilderten Definitionsversuche zum Begriff des hoheitlichen Handelns werden heute auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abgelehnt<sup>52)</sup>.

-----  
49) verneinend HÄBERLIN AcP XXXIX/11; KÖTTGEN 115 und Anm. 19 auf 116

50) vgl. LAYER 181 ff

51) vgl. z.B. RG 91/273; JESS in BOKOM. Anm. 3 zu Art. 34; ENNECCERUS-LEHMANN 928 (§ 244 I 2<sup>B</sup>)

52) BGH 9/145 (146f); BGH 4/138 (152); BGH in LM Nr. 3 (Dc) zu § 823 Bl. 509; RG 158/83 (90f)



§ 9

Gleichartigkeit und Ungleichartigkeit  
als Begriffsmerkmale

In der an sich richtigen Erkenntnis, daß "Ausübung eines öffentlichen Amtes" "Ausübung eines Trägers öffentlicher Verwaltung eigentümlichen Amtes" bedeutet, stellt man oft darauf ab, ob und in welchem Maße sich auch Privatpersonen in äußerlich vergleichbarer Weise betätigen können. Am ausgeprägtesten hat wohl THOSS<sup>53)</sup> diese Ansicht vertreten. In seinem Aufsatz beschäftigt er sich mit der Frage, wann Fahrten von Heereskraftfahrzeugen in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgen. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, daß öffentliche Gewalt im Sinne des Art. 131 WV nur bei solchen Fahrten ausgeübt werde, die in der Personen- und Güterbeförderung des Wirtschaftslebens keine Parallele mehr fänden. Fiskalisch seien z.B. die Beförderung von Militärpersonen von einer Dienststelle zur anderen oder der Transport von Verpflegung und Bekleidung, denn solche Fahrten könnten auch Privatunternehmern übertragen werden. Hoheitlich sei dagegen der Transport nicht handelsüblicher Gegenstände, wie der von Munition und Waffen.

Auch die Rechtsprechung argumentiert manchmal in dieser Weise. So begründen z.B. das OLG Köln und das Hanseatische OLG<sup>54)</sup> ihre Ansicht, die Unterhaltung eines Flußbettes habe fiskalischen Charakter, unter anderem damit, daß begrifflich ebensogut Private, etwa die an der Schifffahrt interessierten Kreise, die Unterhaltsarbeiten vornehmen könnten. Ihre technische Durchführung unterscheidet sich in diesem Teilbereich in nichts von der, die ein privater Unternehmer vornehmen würde.

-----  
53) JW 1937/667 f

54) DVBl 1952/177; MDR 1953/167 (169).

Schon das Reichsgericht <sup>55)</sup> hat eine solche Unterscheidung hoheitlichen und fiskalischen Handelns abgelehnt. Die Frage, ob ein Träger öffentlicher Verwaltung eine Handlung vornimmt, die in äusserlich vergleichbarer Weise auch eine Privatperson vorzunehmen in der Lage ist, kann nicht das gesuchte Unterscheidungsmerkmal bilden, weil Träger öffentlicher Verwaltung nur durch Menschen handeln können, jedes menschliche Tun aber in äusserlich vergleichbarer Weise auch von anderen Menschen ausgeübt werden kann: Der Unterricht in einer öffentlichen Lehranstalt ist prinzipiell nicht anders als der in einer Privatschule; die Untersuchung eines Patienten durch einen beamteten Arzt erfolgt in gleicher Weise wie die durch einen Privatarzt; Fürsorge wird nicht nur von Trägern öffentlicher Verwaltung, sondern auch von Privatpersonen ausgeübt, und die Festnahme eines auf frischer Tat ertappten durch einen Privatmann gleicht äusserlich der polizeilichen Festnahme <sup>56)</sup>.

-----

55) RG 166/1 (6)

56) vgl. FORSTHOFF DVBl 1952/167 u. H.J. WOLFF JZ 1953/552 ff

§ 10

Die Rechtsordnung als Ausgangspunkt einer Begriffs-  
bestimmung

Insbesondere die letzten Ausführungen lassen den tieferen Fehler erkennen, den die bisher behandelten Theorien zur Unterscheidung hoheitlichen und fiskalischen Handelns begehen. Sie knüpfen - wie schon H.J.WOLFF<sup>57)</sup> vielen Versuchen, öffentliches und privates Recht zu unterscheiden, vorwirft - an die freilich zunächst augenfälligen typisch verschiedenen sozialen Sachverhalte an, und die Subjektions-  
theorie zudem an die Folge des Unterschiedes zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung und Privat-  
rechtssubjekten, nämlich an die in mancher Weise bestehende rechtliche Überlegenheit der Träger öffentlicher Verwaltung. Sie verwechseln dabei den Schöpfer mit dem Geschöpf. Die Besonderheiten der komplexen sozialen Lebensverhältnisse geben zwar den Anlaß, Trägern öffentlicher Verwaltung bei der Wahrnehmung bestimmter Aufgaben eine Sonderstellung einzuräumen. Das muß jedoch nicht sein. Sehr oft genügt das Recht den sozialen Lebensverhältnissen nicht. Darum kann eine an soziale Verschiedenheit anknüpfende Unterscheidung zwischen hoheitlichem und fiskalischem Handeln kein geeignetes Kriterium für eine rechtswissenschaftliche Unterscheidung sein.<sup>58)</sup> Maßgebend ist allein die rechtliche Ordnung.<sup>59)</sup> Sie weist gewisse Aufgaben Trägern öffentlicher Verwaltung zur hoheitlichen Erledigung zu.

-----  
57) AöR 1950/203 (211 f)

58) vgl. H.J.WOLFF aaO.

59) H.J.WOLFF *Æ* 1953/552 ff; FORSTHOFF DVBl 1952/167

§ 11

Die Ansicht des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes

Die Erkenntnis, daß die Unterscheidung zwischen hoheitlichem und fiskalischem Handeln dem Gesetz zu entnehmen ist, scheint sich allmählich durchzusetzen. Zwar stellt man meist noch auf irgendwelche materiellen Gesichtspunkte ab, aber die herrschende Lehre findet doch im Anschluß an die grundlegende Entscheidung des Reichsgerichts vom 13. 5. 1938<sup>60)</sup> den Unterschied zwischen fiskalischem und hoheitlichem Handeln im wesentlichen in einer Gesamtbewertung einzelner gesetzlicher Regelungen (Wesenselemente), die z.B. bezüglich der meisten postalischen Geschäfte trotz teilweise privatrechtlicher Wesensart überwiegend hoheitlichen<sup>61)</sup>, bei der Bahn trotz hoheitsrechtlicher Züge überwiegend privatrechtlichen Charakters seien<sup>62)</sup>.

Das Reichsgericht<sup>63)</sup> begründet z.B. den fiskalischen Charakter der Tätigkeit eines Fahrdienstleiters der Reichsbahn mit dem Hinweis auf folgende "Wesenselemente", die den Willen des Gesetzgebers zu einer privatrechtlichen Regelung erkennen ließen:

- 1) Die Reichsbahn verfolge wirtschaftliche Ziele<sup>64)</sup>
- 2) Ihre Betätigung sei teilweise im Handelsgesetzbuch geregelt<sup>65)</sup>.

-----  
60) RG 158/83 ff (91)

61) RG 158/83

62) RG 161/341 ff; BGH Vers.R. 1954/36

63) RG 161/341 ff

64) Als Begriffsmerkmal fiskalischen Handelns ungeeignet. Vgl. § 8 d.A. und FORSTHOFF Lehrb. 309 f

65) Eine längst überholte Lehre versuchte auf diese Weise den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht zu finden. Vgl. SCHELCHER 151 mit Widerlegung.- Da z.B. die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte auch auf dem BGB (§62 Abs.2) beruht, müßte ihre Rechtsprechung insoweit fiskalischen Charakter tragen!

- 3) Ihre leitenden Beamten hätten die Titel eines Generaldirektors und eines stellvertretenden Generaldirektors, nicht die eines Ministers und eines Staatssekretärs.
- 4) Es fehle ein Gegenstück a) zum Postregal, b) zum besonderen Schutz des Postgeheimnisses, c) zum Recht der Reichspost, ihre Gebühren unmittelbar im Verwaltungszwangsverfahren beizutreiben 66).

Nach der Entscheidung RG 161/341, die so argumentiert, fallen diese Wesenselemente mehr ins Gewicht als folgende angeblich hoheitliche Elemente, auf die v. WEBER 67), der die Prämissen des Reichsgerichts ausdrücklich anerkennt, seine öffentlich-rechtliche Ansicht stützt:

- 1) Die Reichsbahn sei ihrem Wesen nach Hoheitsverwaltung; die Erfüllung ihrer Aufgaben erfolge im "öffentlichen Dienst" 68).
- 2) Die Beförderung von Gütern und Personen durch die Eisenbahn sei zwar auch im HGB, in erster Linie aber in der EVO geregelt 69).
- 3) Die Reichsbahn unterliege dem Kontrahierungszwang, sie übe Polizeigewalt aus und habe das Enteignungsrecht 70).

So richtig es ist, die Unterscheidung zwischen hoheitlichem und fiskalischem Handeln an Hand des Gesetzes festzustellen, so falsch ist doch der Versuch, diese Unterscheidung "nicht nach festen Merkmalen zu treffen, sondern einer Bewertung aller Wesenselemente eines öffentlichen Unternehmens zu entnehmen" 71).

-----

- 66) Es ist kein Anhaltspunkt dafür gegeben, daß ein zumindest loser Zusammenhang mit diesen Rechten und Pflichten für die Ausübung öffentlicher Gewalt wesensnotwendig wäre. RG 164/277
- 67) Z.d.Ak.f.D.R. 1939/679 f
- 68) Eine Tätigkeit ist nicht schon deswegen hoheitlich, weil sie von einem Träger öffentlicher Verwaltung herrührt, vgl. § 6 d.A.
- 69) Vgl. Anm. 65 d.A.
- 70) Vgl. Anm. 66 d.A.
- 71) Formulierung nach BGH 9/148.

Die höchstrichterliche Lehre läuft nämlich darauf hinaus, mangels einer exakten Definition hoheitlichen Handelns das Rechtsempfinden über den Charakter der Betätigung eines Trägers öffentlicher Verwaltung entscheiden zu lassen.

Nur so ist zu erklären, daß nirgendwo auch nur der Versuch gemacht wird zu bestimmen, welche gesetzlichen Vorschriften im einzelnen als "Wesenselemente" eines öffentlichen Unternehmens" zu betrachten seien.

Nur so ist vor allem auch zu erklären, daß man Wesenselemente als hoheitliche oder fiskalische bewertet, obgleich doch die Begriffe des Hoheitlichen und Fiskalischen gerade in Frage stehen.

Nur so ist endlich zu erklären, daß keine Maßeinheit genannt ist, nach der bei der Abwägung das Gewicht der einzelnen angeblich fiskalischen und hoheitlichen Wesenselemente bestimmt werden könnte.

Nur notdürftig verhüllt die Rechtsprechung die Mängel ihrer Lehre, indem sie bei der Gesamtbewertung der Wesenselemente alle möglichen - im einzelnen betrachtet - offensichtlich untauglichen oder bereits als unbrauchbar erkannten Unterscheidungsversuche heranzieht. Dies zeigt neben dem bereits angeführten Beispiel und den Anmerkungen hierzu insbesondere auch die Entscheidung BGH 9/145 ff. Um hoheitliches und fiskalisches Handeln zu unterscheiden, stellt sie "bei der Bewertung aller Wesenselemente des betreffenden öffentlichen Unternehmens" allein auf ein Überordnungsverhältnis zum geschädigten Kläger ab (149 f.). Eine solche Argumentation ist aber, wie schon in § 7 dargelegt, falsch.

Die höchstrichterliche Lehre würde auch dann dem Bedürfnis nach einer exakten Begriffsbestimmung nicht gerecht, wenn die von ihr aufgeführten Wesens-

elemente wenigstens in den meisten Fällen hoheitliches und fiskalisches Handeln zu scheiden vermöchten; denn auch bei Anwendung mehrerer regelmässig zutreffender Merkmale wäre keine Gewähr für die richtige Erfassung aller Fälle gegeben.

§ 12

Die eigene Ansicht

Richtig war der Ausgangspunkt der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die Unterscheidung zwischen hoheitlichem und fiskalischem Handeln in der Rechtsordnung zu suchen. Wann weist sie Trägern öffentlicher Verwaltung bzw. deren Organwaltern ein ihnen eigentümliches Amt zu?

H.J.WOLFF <sup>72)</sup> hat schon gezeigt, daß zu dem Trägern öffentlicher Verwaltung eigentümlichen öffentlichen Recht alle die Rechtssätze gehören, deren Tatbestand oder deren - berechtigende oder verpflichtende - (abstrakte) Rechtsfolge nicht irgendjemanden, sondern nur einem Träger öffentlicher Verwaltung oder einem Organ desselben zurechenbar bzw. zuordbar sind. Hier anknüpfend - handelt ein Träger öffentlicher Verwaltung bzw. dessen Organwalter in einem ihm eigentümlichen öffentlichen Amt immer dann, "wenn er zu der in Frage stehenden Handlung nur als solcher befähigt ist - nicht aber eben diese Handlung im konkreten Falle auch hätte vornehmen können auf Grund von Rechtssätzen, die auch andere Personen als Subjekte des öffentlichen Rechts berechtigen oder verpflichten." <sup>73)</sup>.

Den dieser Definition zu Grunde liegenden Gedanken hat KRÜCKMANN <sup>74)</sup> schon einmal schlagwortartig dahin ausgedrückt: "Wer nur das tut, was ihm ohnehin schon zusteht, kann es nicht in Ausübung besonderer öffentlicher Gewalt tun". Insbesondere aber hat ihm die häufig zitierte, in ihrem Gehalt bisher jedoch wenig ausgewertete Entscheidung des Reichsgerichts in RG 113/301 (304) Ausdruck verliehen. Ihr liegt der Fall zu Grunde, daß ein in Seenot geratenes Torpedoboot gezwungen ist, Anker zu werfen, und dabei ein Seekabel beschädigt. Das Reichsgericht führt aus (aaO. 304):

72) AÖR 1950/205 ff

73) H.J.WOLFF JZ 1953/552

74) JW 1927/2199



"Staatshoheitsrechte kennzeichnen sich dadurch, daß sie dem Staat eigentümlich sind ... Somit schließt das Wesen des Hoheitsrechts begrifflich in sich, daß bei seiner Ausübung eine Handlung vorliegt, zu welcher der Staat und seine Organe ... nicht schon nach bürgerlichem Recht befugt sind. Handlungen, die nach bürgerlichem Recht jeder Beteiligte zur Abwendung einer Gefahr, zur Befreiung aus einem Notstand oder dergl. vornehmen darf, werden nicht ohne weiteres dadurch, daß sie in gleicher Lage ein staatliches Organ, etwa der Führer eines Kriegsschiffes, vornimmt, zur Ausübung von Hoheitsrechten. Dabei ist von keiner entscheidenden Bedeutung, ob im allgemeinen Dienstfahrten von Kriegsschiffen als Ausübung von Hoheitsrechten anzusehen sind ... Die Abwendung der so für das Torpedoboot eingetretenen Gefahr war keine Besonderheit der kraft Hoheitsrechts auszuführenden Dienstreise des Kriegsschiffes. Vielmehr handelt es sich um Maßnahmen, zu denen in entsprechender Lage jedes Privatschiff in gleicher Weise berechtigt gewesen wäre (§ 904 BGB<sup>75)</sup>, die also nicht zu dem Bereich hoheitsrechtlicher Handlungen gehörten".

Ein besserer Beleg und eine bessere Verdeutlichung der angeführten Definition hoheitlichen Handelns läßt sich nicht finden.

Aber handeln Träger öffentlicher Verwaltung oder ihre Organwalter nur dann in Ausübung des ihnen eigentümlichen öffentlichen Amtes, wenn sie zu der in Frage stehenden Handlung allein auf Grund Sonderrechtssatzes befähigt sind?

Zur Klärung der Frage sei von einem Beispiel ausgegangen. Die höchststrichterliche Rechtsprechung hat immer wieder über die Ansprüche von Beamten zu entscheiden, deren öffentliche Dienstherrn die ihnen obliegenden Fürsorgepflichten verletzt. Zu solchen Pflichtverletzungen ist niemand durch die Rechtsordnung "befähigt". Trotzdem haben Rechtsprechung und

-----  
75) Die Klammer ist eingefügt. Der ausdrückliche Hinweis auf § 904 BGB findet sich in dem nicht mehr zitierten Teil der Entscheidung.

Schrifttum in diesen Fällen zu Recht ein hoheitliches Handeln bejaht <sup>76)</sup>. Träger öffentlicher Verwaltung handeln nämlich auch dann in Ausübung des ihnen eigentümlichen öffentlichen Amtes, wenn und soweit ihnen als solchen eine Pflichtenstellung obliegt - nicht aber eben diese Pflichtenstellung im konkreten Falle auf Rechtssätzen beruht, die auch andere Personen als Subjekte des öffentlichen Rechts treffen. Eine solche öffentliche Garantenstellung begründet hier § 36 DBG.

Die zweite Alternative hoheitlichen Handelns umfaßt u.a. die Fälle pflichtwidriger Unterlassungen; auch sie können nach der maßgebenden Vorstellung des Gesetzgebers <sup>77)</sup> in den Bereich eines öffentlichen Amtes fallen. Der ersten Alternative lassen sie sich nicht unterordnen, weil ein Rechtssatz niemanden zu pflichtwidrigen Unterlassungen "befähigen" kann.

76) RG 100/188 (189); 102/30 (32); 111/178;  
145/182 (185); 146/35 (39 ff); 146/369 (372 f);  
RG in JW 1934/3268; BGH 10/303 (306);

BGH 7/69 und BGH in DVBl 1953/674 erwähnen Art. 34 GG nicht, da bereits § 36 DBG den Anspruch stützt.

NADLER-WITTLAND-RUPPERT Anm. 23 zu § 36 (713)  
FISCHBACH 460

77) Vgl. S. 16, 18 und § 6 d.A.

§ 13

Schlußbetrachtung zum II. Teil.

Die vorgeschlagene Lösung führt die Lehre H.J. WOLFFS<sup>78)</sup> zur Unterscheidung des öffentlichen und privaten Rechts weiter. Wie das öffentliche Recht das den Trägern öffentlicher Verwaltung eigentümliche Recht ist, ist das öffentliche Amt im Sinne des Art. 34 GG das Trägern öffentlicher Verwaltung eigentümliche Amt.

Sie knüpft weder an die den rechtlichen Regelungen zu Grunde liegenden sozialen Verhältnisse noch an die tatsächliche Art der Handlungen an. Sie fordert auch nicht, willkürlich diese oder jene mit dem zu beurteilenden Sachverhalt irgendwie zusammenhängende Rechtssätze herauszugreifen, nach Gefühl als öffentliche und fiskalische "Wesenselemente" zu erklären und dann nach unbekanntem Maßstäben in ihrer Gesamtheit zu bewerten. Frei von solchen subjektiven Einflüssen entnimmt sie dem Gesetz allein, ob gewisse Geschäfte Trägern öffentlicher Verwaltung zur hoheitlichen Erledigung zugewiesen sind.

Die gefundene Definition ist beträchtlich verschieden von denen anderer Theorien, insbesondere der herrschenden Lehre. Bemerkenswert ist aber, daß deren beide Alternativen, nämlich Ausübung öffentlicher Gewalt und Betätigung öffentlicher Fürsorge in auffallender Weise denen der hier vertretenen Begriffsbestimmung, nämlich Handeln auf Grund öffentlicher Befugnis und Handeln in öffentlicher Garantenstellung entsprechen.

Ausübung öffentlicher Gewalt ist der typische Fall des Handelns auf Grund öffentlicher Befugnis. Sieht

-----  
78) ABR 1950/205 ff

man nämlich von den verhältnismäßig seltenen Fällen der Notwehr, des Notstandes und der erlaubten Selbsthilfe ab, dann ist die Ausübung von Zwang und Gewalt Trägern öffentlicher Verwaltung vorbehalten. Sie sind hierzu nur auf Grund Sonderrechtssatzes befugt (Vorbehalt des Gesetzes).

Das Handeln in öffentlicher Garantenstellung entspricht der Betätigung öffentlicher Fürsorge. Die gefundene Definition hilft hier dem Mangel der herrschenden Lehre ab, der es bisher nicht gelang, das Eigentümliche der öffentlichen Fürsorge gegenüber der privaten Fürsorge herauszustellen.

Diese und andere Übereinstimmungen mit der herrschenden Lehre erklären sich daraus, daß die aus der Geschichte des Begriffs abgeleiteten Grundsätze und gewisse typische Verschiedenheiten erkannt sind, das Ergebnis daher oft richtig "erahnt" wird, und man sich häufig nicht scheut, die eigenen Kriterien zu verleugnen, falsch anzuwenden oder passend auszuliegen.

Bei der Verschiedenheit der Unterscheidungsmerkmale kann man freilich nicht erwarten, daß alle Ergebnisse der herrschenden Lehre durch die hier vertretene Theorie bestätigt werden.

Wenn es allein auf den der Handlung zu Grunde liegenden Rechtssatz ankommt, kann zunächst die Ansicht nicht richtig sein, daß eine hoheitliche Tätigkeit in rein technischen <sup>79)</sup>, mechanischen oder untergeordneten <sup>80)</sup> Bereichen der Verwaltung auf jeden Fall ausscheide <sup>81)</sup>.

-----  
79) FLEINER Ann. 22 auf 281 f

80) STERN 12; COESTER 314; vgl. auch RG 105/99 (100) u. RG 118/241 (243 f)

81) Dagegen schon ZACHARLAE 603; LOENING 49

Falsch ist besonders auch der Satz des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, dieselbe Handlung könne nicht gleichzeitig öffentlich-rechtlicher und bürgerlich-rechtlicher Natur sein<sup>82)</sup>. So wie der Verkauf eines geliehenen Buches ohne Erlaubnis des verleihenden Eigentümers gegenüber dem Käufer eine Vertragserfüllung, gegenüber dem Eigentümer aber eine Vertragsverletzung darstellt, ist auch bei der Frage nach hoheitlichem Handeln zu unterscheiden: Der Beamte, der dem zur Reparatur der Heizung bestellten Handwerker untersagt, den Keller zu betreten, handelt diesem gegenüber als privatrechtlicher Erfüllungsgehilfe seines öffentlichen Dienstherrn - gegenüber den auf den Amtsstuben freierenden Kollegen jedoch hoheitlich, nämlich im Rahmen der ihm insofern durch § 36 DBG übertragenen öffentlich-rechtlichen Fürsorgepflicht.

Das angeführte Beispiel erhellt, daß die herkömmlichen Bezeichnungen "hoheitliches Handeln" und "fiskalisches Handeln" irreführend sind. Nicht eine Handlung, sondern nur die Rechtsstellung, in der sich ein Träger öffentlicher Verwaltung oder dessen Organwarter befinden, ist ganz oder in einigen Beziehungen hoheitlich oder fiskalisch.

Bleibt man aber bei den herkömmlichen Bezeichnungen, so muß man sich von der Vorstellung freimachen, daß ein und dieselbe Handlung nicht sowohl hoheitlich als auch fiskalisch sein könnte. Der tiefere Grund für diese Möglichkeit liegt darin, daß über das Vorliegen hoheitlichen Handelns Rechtssätze entscheiden, Rechtssatz und Handlung aber auf verschiedenen Ebenen liegen und eine Handlung den Tatbestand mehrerer Rechtssätze erfüllen kann.

-----  
82) RG 162/364 (366); BGH 2/37; BGH NJW 1955/458

Die gefundene Definition des Begriffs "Ausübung eines öffentlichen Amtes" wird auch dem Sinn der Amtshaftungsbestimmungen gerecht. Dort, wo Träger öffentlicher Verwaltung und ihre Organwalter gleich Privatpersonen Rechte ausüben oder Pflichten wahrnehmen, erscheint eine Sonderregelung nicht angebracht. Wo sich aber die Autorität der Träger öffentlicher Verwaltung und ihrer Organwalter in einer ihnen durch Sonderrechtssatz eingeräumten Befugnis oder Garantienstellung besonders offenbart, dort ist eine besondere, teils erleichterte, teils erschwerte wirksame Schadenshaftung am Platze<sup>83)</sup>.

-----  
83) H. J. WOLFF JZ 1953/552 ff

### III. Teil

#### Beispiele aus der Gerichtspraxis

##### § 14

#### Die Benutzung öffentlicher Verkehrswege durch Träger öffentlicher Verwaltung

Ein Paketwagen der Post fährt ein anderes Kraftfahrzeug an. - Ein Polizeibeamter rennt bei der Verfolgung eines Verbrechers einen Straßenpassanten um. - Die Geschädigten stellen Schadensersatzansprüche. Sind die Bestimmungen des Amtshaftungsrechts anzuwenden?

Die höchstrichterliche Rechtsprechung versucht, die Antwort zu geben, indem sie zwei Fragen unterscheidet<sup>84)</sup>:

- 1) "Gehört die eigentliche Zielsatzung, in deren Sinne die Person tätig wird, dem Bereiche hoheitlicher Betätigung der Staatsgewalt an?" (Die Rechtsprechung versucht, diese Frage zu beantworten durch eine "Bewertung aller Wesenselemente"<sup>85)</sup> des betreffenden Trägers öffentlicher Verwaltung). Wenn ja,
- 2) "Besteht zwischen dieser Zielsatzung und der schädigenden Handlung ein solcher Zusammenhang, daß die letztere ebenfalls noch als dem Bereiche hoheitlicher Betätigung angehörend angesehen werden muß".

Dieser Ausgangspunkt ist falsch, da weder das von einem Träger öffentlicher Verwaltung verfolgte Ziel<sup>86)</sup> noch eine Bewertung seiner Wesenselemente<sup>87)</sup> hoheitliches und fiskalisches Handeln zu scheiden vermögen.

84) Vgl. RG 166/1 (5); ERMANN-DREES Anm. 2 Bk d d zu § 839. S. weiter RG 108/387; 156/401; 161/145; 162/308; RG in JW 27/2199; 30/1185; 37/662; 37/1293; 38/1652 (Fahrten von Militärfahrzeugen); RG 158/83 (Briefbef.); RG 164/273 (Paketbef.); u.v.a.



Dem falschen Ausgangspunkt entsprechen nicht überzeugende Ergebnisse: Ein enger Zusammenhang mit einer hoheitlichen Zielsetzung wird bejaht, wenn ein Richter sich im Dienstwagen zu einem Ortstermin begibt, geleugnet dagegen, wenn er sich dazu eines eigenen oder gemieteten Wagens bedient<sup>88)</sup>. - In den Rahmen hoheitlicher Tätigkeit soll fallen, wenn ein Postomnibus bei Dienstschluss in die Garage gefahren wird<sup>89)</sup>, fiskalisch sei dagegen die Fahrt eines Postfahrzeuges zur Reparatur eines auf der Strecke lieengebliebenen Paktwagens<sup>90)</sup>. - Der Transport von Holz für die verheirateten Angehörigen einer militärischen Einheit soll ebenso hoheitlich sein wie die Beförderung eines Offiziers zum Dienste<sup>91)</sup>. Und die Fahrt von Postbeamten zur Entstörung einer Rundfunkanlage steht nach Ansicht der Rechtsprechung<sup>92)</sup> in engerem Zusammenhang zu der hoheitlichen Zielsetzung des Rundfunkwesens als der an Ort und Stelle erfolgende, unstreitig fiskalische Kauf einer zu der Reparatur notwendigen elektrischen Anlage.

- 
- 85) RG 158/83; 164/273; 166/1 u. BGH 9/148 u.v.a.  
86) Vgl. § 8 d.A.  
87) Vgl. § 11 d.A.  
88) RG 165/365 (371)  
89) OLG Karlsruhe NJW 1953/1915  
90) OLG Karlsruhe aaO.; OLG Königsberg HRR 42 Nr. 74  
91) RG in JW 1927/2199; RG 161/145  
92) RG 166/1 ff



Solche Ergebnisse werden vermieden bei Anwendung der in dieser Arbeit vertretenen Definition hoheitlichen Handelns. Danach hat die Benutzung öffentlicher Verkehrswege durch Träger öffentlicher Verwaltung gegenüber geschädigten Verkehrsteilnehmern (in aller Regel fiskalischen Charakter. Denn diesen gegenüber handeln sie meist weder in einer besonderen öffentlichen Garantenstellung noch auf Grund einer besonderen öffentlichen Befugnis. Im allgemeinen ist nur das jedermann zustehende Recht zum Gemeingebrauch Rechtsgrundlage ihres Tuns. Lediglich dann handeln Träger öffentlicher Verwaltung gegenüber Verkehrsteilnehmern in Ausübung des ihnen anvertrauten öffentlichen Amtes, wenn sie von Befugnissen nach Art des § 48 Strassenverkehrsordnung Gebrauch machen und etwa, durch blaue Lampe und Sirene gekennzeichnet, freie Bahn beanspruchen. Hier betätigen sie ihnen durch Gesetz vorbehaltene, öffentliche Machtbefugnisse.

Die eingangs dieses Paragraphen gestellten Fragen sind demgemäß wie folgt zu beantworten: Die durch Fahrzeuge der Post geschädigten Verkehrsteilnehmer haben keine Ansprüche aus Art. 34 GG<sup>93)</sup>, da ihnen gegenüber weder eine öffentliche Garantenstelle vorliegt noch Postfahrzeuge befugt sind, öffentliche Verkehrswege über das jedermann zustehende Recht zum Gemeingebrauch hinaus zu benutzen. - Dagegen handelte der Polizeibeamte, der bei der Verfolgung eines Verbrechers öffentliche Verkehrswege ohne Rücksicht auf die allgemeinen Vorschriften des Strassenverkehrsrechts benutzte, auf Grund der ihm

93) im Ergebnis ebenso. SCHUSTER Jhb. d. Postwesens 1937/323 ff; HELLMUTH VAE 1938/489 (501 f). A.A. die in Anm. 84 genannten Entscheidungen und jetzt BGH 16/111 ff.. Nach OLG Tübingen NJW 53/910 u. LAUX NJW 52/772 hat wenigstens die Personenbeförderung der Post fiskalischen Charakter.

durch die §§ 14 PVG und 48 StVO gegebenen öffentlichen Befugnisse. Da bei der allgemeinen Gefährlichkeit eines solchen Verhaltens ein Ursachenzusammenhang zwischen dem Gebrauchmachen von dieser Befugnis und dem Umrennen des Passanten auch im Sinne der hier anzuwendenden Adäquanztheorie gegeben ist, sind die Bestimmungen des Amtshaftungsrechts anzuwenden <sup>94)</sup>.

KRUCKMANN und WAGNER kommen zu demselben Ergebnis. <sup>95)</sup>.

-----  
94) RG 108/366;

95) JW 27/2199; JW 28/1289; JW 38/867

§ 15

Hoheitliches Handeln der Post

Der Fahrer eines Postfahrzeuges, der einen Unfall verursacht, handelt gegenüber geschädigten Verkehrsteilnehmern fiskalisch<sup>96)</sup>. Hat die Tätigkeit der Post nun allgemein privatrechtlichen Charakter?

Die Frage ist umstritten. Der Streit geht zurück auf die gegensätzlichen Ansichten LABANDS<sup>97)</sup> und OTTO MAYERS<sup>98)</sup>. Jener wollte die Post wie "staatliche Fabriken"<sup>99)</sup> behandelt wissen; dieser vertrat die öffentlich-rechtliche Auffassung, indem er seine Lehre von der öffentlichen Anstalt anwandte. - Das Reichsgericht hat den Hoheitscharakter der Post, soweit ihre staatsrechtliche Stellung und ihr verwaltungsmässiger Aufbau in Frage stehen, stets anerkannt<sup>100)</sup>, den Kreis ihrer hoheitlichen Betätigung jedoch zunächst sehr eng gezogen. So ist nach RG 109/209 das Bearbeiten der Briefkästen und das Sortieren der Briefe, aber auch die Beförderung von Briefen oder Paketen von einem Postamt zum anderen oder zum Bahnhof nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt anzusehen, weil diese Tätigkeit auch in dem Bestreben erfolge, dem Reiche Einnahmen zu verschaffen, und weil sie in der Durchführung privatrechtlicher Verträge bestehe<sup>101)</sup>. Auch RG 139/149 (151/154) verneint noch die Ausübung öffentlicher Gewalt bei der Paketbeförderung. - Von dieser Rechtsprechung ist das Reichsgericht in einer Zeit, die zur Ausweitung der Hoheitsrechte drängte, in Einzelfällen Schritt für Schritt abgewichen. In der grundlegenden Entscheidung

-----  
96) Vgl. § 14 d.A.

97) Staatsrecht I/479; III/50 ff

98) Verw.R. II (2.Aufl.) 319 ff; 485. JELLINEK 388, 513 und das auf 503 angegebene Schrifttum. NIGGL 6, 56 f

99) aaO. III/53; Porzellan-Manufakturen ...

100) RG 83/24 (25); 158/83 (85 ff); Pr.OVG 4/14; s. auch RG 70/395 (398)

101) ebenso LVG Braunschweig D.V.49/436 ff

vom 13. 5. 1938 <sup>102)</sup> bejaht es die Ausübung öffentlicher Gewalt insoweit, als es sich um die Briefbeförderung handelt. Später wird auch die Paketbeförderung <sup>103)</sup>, das Rundfunk- <sup>104)</sup>, das Postscheck- <sup>105)</sup> und das Fernmeldewesen <sup>105a)</sup> in den Kreis hoheitlicher Betätigung der Post einbezogen. - Der Bundesgerichtshof hat zu dieser Ansicht des Reichsgerichts noch nicht grundsätzlich und abschliessend Stellung genommen, scheint sich ihr aber anschliessen zu wollen <sup>106)</sup>.

In der Begründung "bewerten" die angeführten Reichsgerichtsentscheidungen "die einzelnen Wesenselemente der Post" <sup>107)</sup> und führen aus, daß bezüglich der in Frage stehenden Tätigkeitsbereiche der Wille des maßgeblichen Hoheitsträgers erkennbar sei, sie zu Zwecken der Gemeinschaft hoheitlich auszugestalten und zu betreiben. Die frühere privatrechtliche Betrachtungsweise finde weder im Postgesetz eine überzeugende Stütze noch sei sie "mit der rasch vorwärts drängenden neueren Rechtsentwicklung und Rechtsbetrachtung" vereinbar. Für die Briefbeförderung <sup>108)</sup> weist das Reichsgericht darauf hin, daß die Post ein Alleinrecht und ein Zwangsrecht besitzt und dem Beförderungszwang unterliegt. Auch das Postgeheimnis dient der Begründung der öffentlich-rechtlichen Ansicht. Für die Paketbeförderung <sup>109)</sup> hält das Reichsgericht trotz des hier fehlenden Postzwanges eine andere Beurteilung nicht für gerechtfertigt, weil auch hier der

-----  
102) RG 158/83 ff

103) RG 164/273 (276)

104) DR 1941/1225

105) RG 161/174 (180)

105a) RG 165/365 (368 f)

106) BGH NJW 54/914 f.;  
NJW 54/915 ff; BGH  
9/13; BGH 16/111 ff

107) BGH 9/149 (147 f)

108) RG 158/83 (85 ff)

109) RG 164/273 (276 ff)

in dem Aufbau des Unternehmens geäußerte Wille des Hoheitsträgers auf Ausübung öffentlicher Gewalt gehe und weil bei der meist unterschiedslosen Beförderungsart - oft im gleichen Gefährt - auch kein innerer Grund für eine Unterscheidung bestehe.

Es wurde schon oben dargelegt <sup>110)</sup>, daß die Lehre des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes zum Begriff des hoheitlichen Handelns besonders deswegen nicht richtig ist, weil sie eine petitio principii enthält, nämlich die zu klärenden Begriffe des Hoheitlichen und Fiskalischen bei der Bewertung der Wesenselemente als bekannt voraussetzt. Praktisch läuft sie darauf hinaus, die gesuchte Unterscheidung mit Hilfe mehrerer untauglicher Kriterien zu finden.

Bei Anwendung der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht gilt es zu unterscheiden:

Im Verhältnis zu den Benutzern ihrer Einrichtungen handelt die Post regelmäßig in Ausübung des ihr anvertrauten öffentlichen Amtes. Denn sie handelt - wenn sie nicht gar auf Grund einer ihr als solcher vorbehaltenen öffentlichen Befugnis tätig wird - den Benutzern ihrer Einrichtungen gegenüber meistens an einer ihr als solcher durch die Postgesetze auferlegten öffentlichen Garantenstellung, die sie zur sachgemässen Beförderung von Gütern, der richtigen und pünktlichen Übermittlung von Telegrammen usw. verpflichtet. - Damit ist jedoch noch nicht gesagt, daß sich jede Haftung für den Verlust eines Päckchens oder aus der Störung eines Telephonapparates nach Art. 34 GG / § 839 BGB richtet. Jedenfalls nach herrschender Lehre schließt Art. 34 GG eine andere spezial-gesetzliche Haftungsregelung nicht

110) § 11 d. A. - vgl. zur Kritik der früheren Ansicht des Reichsgerichts § 8 d. A.

aus <sup>111)</sup>. Als solche kommen bei der Post die §§ 6 ff Postges., 29 Telegraf. O., 9 Postscheck O und 41 Fernspr.O. in Betracht.

Es gibt allerdings auch Fälle, in denen die Post gegenüber Benutzern ihrer Einrichtungen fiskalisch handelt. Der in der Schaltersalle eines Postgebäudes infolge Glätte gestürzte Briefmarkenkäufer hat z.B. keinen Anspruch aus Art. 34 GG; denn sein Schaden wurde nicht dadurch verursacht, daß die Post ein ihr als Träger öffentlicher Verwaltung vorbehaltenes Recht ausübte, sondern er ist auf eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht zurückzuführen. Diese Verkehrssicherungspflicht, deren gewohnheitsrechtliche Geltung heute wohl niemand mehr bestreitet <sup>112)</sup>, beruht aber hinsichtlich Gebäuden auf einem Rechtsatz, der jedermann - und nicht nur Träger öffentlicher Verwaltung - trifft <sup>113)</sup>.

Auch dem durch einen Postwagen zu Schaden gekommenen Verkehrsteilnehmer, der Absender eines in dem Wagen beförderten Briefes ist, haftet die Post wegen der erlittenen Körperschäden nicht aus Art. 34 GG. Zwar ist das Recht zur Briefbeförderung der Post gesetzlich vorbehalten, aber nicht das Gebrauchmachen von dieser öffentlichen Befugnis, sondern die Nichtbeachtung der jedermann verpflichtenden Verkehrsregeln war Ursache des Unfalls. Moseitlich handelte die Post dem Verletzten gegenüber nur in seiner Eigenschaft als Absender des Briefes. Nur insofern war ihr durch Postgesetz und Postordnung eine besondere öffentliche Garantenstellung eingeräumt.

111) BGR 9/289 f; BGR 12/89; OLG Celle mit zust. Anm. von AUBERT in NJW 52/1342 f; VON MANCOLD 316 Anm. II zu Art. 34; A.A. JESS in BoKor-Anm. II 1 zu Art. 34; BENKE BB 1951/519 f.

112) A.A. früher nur HOFACKER 28 f u. passim

113) OLG Köln MDR 1954/102; A.A. LG Bonn MDR 1953/486

In dem letzten Beispiel handelt es sich der Sache nach um die Haftung der Post gegenüber Nichtbenutzern ihrer Einrichtungen. Diese braucht keineswegs immer fiskalischen Charakter zu tragen. Der Zustellungsadressat z. B., der infolge fehlerhafter, nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung zu bewirkenden Zustellung durch einen Bediensteten der Bundespost einen Schaden erleidet, hat einen Amtshaftungsanspruch<sup>114)</sup>. Die Tätigkeit des betreffenden Beamten beruht nämlich auf den der Post vorbehaltenen Vorschriften der §§ 193 - 196 ZPO. Daß gemäß § 198 ZPO ausnahmsweise auch Anwälte - also nicht Träger öffentlicher Verwaltung - Zustellungen im Sinne der ZPO vornehmen können, ändert nichts an dem hoheitlichen Charakter der Zustellungen durch die Post. Es kommt nicht darauf an, ob Privatpersonen ein Gleiches tun können, sondern darauf, ob im konkreten Falle die betreffende Tätigkeit auf Sondervorschriften für Träger öffentlicher Verwaltung beruht oder nicht<sup>114a)</sup>.

-----  
114) BGH in NJW 1954/915

114a) Siehe die Definition in § 12 d.A.

§ 16

Hoheitliches Handeln der Eisenbahn

Ebenso wie die Bundespost ist auch die Bundesbahn Trägerin öffentlicher Verwaltung<sup>115)</sup>. Reichsgericht und Bundesgerichtshof haben jedoch im Gegensatz zu ihrer Rechtsprechung im postalischen Bereich stets entschieden, daß der Betrieb der Eisenbahn regelmäßig fiskalischen und nur ausnahmsweise auf dem Gebiete der Bahnpolizei und zum Teil auch auf dem des Beurkundungswesens hoheitlichen Charakter trage<sup>116)</sup>. Sie entnehmen ihre Ansicht einer "Bewertung der Gesamtheit aller Wesenselemente" des Bahnbetriebes<sup>117)</sup>.

Im einzelnen wurde die Argumentation der höchstgerichtlichen Rechtsprechung auf dem Gebiete des Eisenbahnrechts schon oben besprochen und abgelehnt<sup>118)</sup>.

Die eigene Ansicht sei dargestellt am Beispiel des Schrankenwärters. Obgleich die absolut herrschende Lehre dem Bundesgerichtshof und dem Reichsgericht im Grundsätzlichen folgt, ist der Charakter seiner Tätigkeit lebhaft umstritten. Entsprechend den vom Reichsgericht aufgestellten Regeln spitzt sich der Streit auf die Frage zu, ob der Schrankenwärter als Bahnpolizeibeamter tätig wird oder nicht.

Reichsgericht und Bundesgerichtshof verneinen dies mit der Begründung, das Verbot, den Bahnkörper zu

115) RG 161/346; O. MAYER II/268; FLEINER 322; JELLINEK 513 ff; v. WEBER Z. Ak. f. D. R. 1939/679 aa. LABAND III/53.

116) RG in JW 24/1714; JW 33/840; RG 161/341; 162/364; 169/379; 170/1; BGH 2/37; 6/304; BGH NJW 53/384; BGH Vers. R. 54/36 (= WEIMAR 54)

117) RG 161/341; BGH 6/304; BGH I. WEIMAR 55; vgl. auch BGH 9/147 f.

118) § 11 d. A.



betreten, knüpfe nicht an ein Gebot des Schrankenwärters, nämlich das Schließen der Schranken, sondern gemäß § 79 EBBO <sup>119)</sup> - ohne Rücksicht darauf - an das Herannahen des Zuges an. Der Schrankenwärter komme lediglich der privatrechtlichen Verkehrssicherungspflicht nach <sup>120)</sup>.

Bei Anwendung der in dieser Untersuchung vertretenen Theorie kann es dahingestellt bleiben, ob der Schrankenwärter beim Bedienen der Schranken als Bahnpolizeibeamter tätig wird oder nicht. Seine Pflichten und Rechte wurzeln in den §§ 45 Zif. 8, 46, 74, 75 EBBO, die durch Dienstanweisungen noch näher bestimmt sind. Da die sog. Privatbahnen, für welche die EBBO ebenfalls gilt <sup>121)</sup>, Beliehene sind <sup>122)</sup>, berechtigen und verpflichten die genannten Bestimmungen ausschließlich Träger öffentlicher Verwaltung. Schrankenwärter üben daher ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 34 GG aus. Die allgemeine Verkehrssicherungspflicht ist durch die angeführten Sondervorschriften für Träger öffentlicher Verwaltung zurückgedrängt.

Entsprechendes gilt für die Tätigkeit der übrigen Bediensteten der Bahn, soweit sie Rechte ausüben und Pflichten wahrnehmen, die in den Sondervorschriften des Eisenbahnrechts wurzeln.

119) Eisenbahn- Bau- und Betriebsordnung RGBl. 1928 II/541 ff

120) RG 162/364 (367 ff); RG 170/1 (9); BCh in WEIMAR 54; OLG Neustadt i. NJW 1953/387; MEYER VAE 1938/231 f; BUFF VAE 1939/1; GOLTERMANN NJW 1953/387 u.a.  
A.A. OLG Breslau OLG 34/135; KG i. VAE 1938/228 ff; LG Wuppertal i. VAE 1939/429; CARL i. JW 1940/998 ff; v. KIBNITZ EE 53/384 u.a.

121) § 1 EBBO

122) Insbesondere unter Hinweis auf das Enteignungsrecht und die Polizeigewalt der öffentlichen Privatbahnen allgemein anerkannt. Vgl. ausführlich v. KÖHLER 143 ff

Diese regeln auch das Verhältnis zu den Bahnbenutzern. Letzteres als bürgerlich-rechtlichen Werkvertrag zu bezeichnen <sup>123)</sup>, ist verfehlt, weil die §§ 453 ff. HGB, die EVO und die EBBO ausschließlich öffentliche Eisenbahnen, also ausschließlich Träger öffentlicher Verwaltung, betreffen. Es liegt somit kein Grund vor, die Tätigkeit der Eisenbahn grundsätzlich anders zu beurteilen als die der Post <sup>124)</sup>.

-----  
123) COLTERMANN EVO-Kom. 59 u. 3a zu Vor. § 8;  
FINGER 47 ff, 56; BGH 6/304; BOEHMER 191 ff;  
RG JW 1938/2116

124) WEBER Z.Ak.f.d.D.R. 1939/679 f; LIST Verkehrsrechtliche Rundschau 1940/1425 ff; sowie mit ausführlicher Begründung die Dissertation von v. VELTHEIM: "Der Rechtscharakter der Eisenbahnbeförderungsverhältnisse." Vgl. weiter die in Anm. 120 angegebene Literatur und JELLINEK Nachtrag 40

§ 17

Ausstellung öffentlicher Urkunden

Jemand zahlt im Vertrauen auf die Angaben des ihm von dem Verkäufer vorgelegten Frachtbriefdoppels den Preis für bestellte Waren. In Wirklichkeit gelangte nur ein Teil der dort angegebenen Waren zur Versendung. Hat der Geschädigte gegen die Bundesbahn einen Anspruch aus Art. 34 GG, weil er vom Verkäufer Ersatz seines Ausfalles nicht erlangen könne und der zuständige Bahnbeamte bewußt falsche Eintragungen gemacht habe?

Die Rechtsprechung hat diese Frage im Rahmen des allgemeineren Problems, ob öffentliche Urkunden in Ausübung eines öffentlichen Amtes ausgestellt werden, behandelt. Das Reichsgericht <sup>125)</sup> war zunächst der Ansicht, daß jede öffentliche Beurkundung schon deshalb, weil die Befugnis dazu Beamten stets als Trägern staatlicher Hoheitsrechte von dem Gesetzgeber oder von der zuständigen vorgesetzten Behörde verliehen werde, als Ausübung öffentlicher Gewalt anzusehen sei und daß sie mit Rücksicht auf ihren Zweck, ein mit erhöhter Beweiskraft ausgestattetes Beweismittel zu schaffen, dem Gebiete der öffentlichen Fürsorge angehöre.

Dieser Rechtsprechung ist nicht zu folgen <sup>126)</sup>. Einmal entscheidet, wie schon dargelegt <sup>127)</sup>, der Zweck einer Handlung nicht über ihren Rechtscharakter. Zum anderen ist die Feststellung, daß die Befugnis zur

125) RG 107/272 (274); RG JW 24/1714 f; JW 27/1352 (1353); JW 33/840 f; ebenso COLTERMANN, NJW 52/1211 f mit weiterer Literatur

126) BAUMBACH-LAUTERBACH 2 C zu § 415; BGH 6/304

127) § 8 d. A.

Ausstellung einer öffentlichen Urkunde Beamten nur als Trägern staatlicher Hoheitsrechte verliehen werde, unzutreffend; denn § 415 ZPO, auf den man sich hier beruft <sup>128)</sup>, gibt keine solche Befugnis. Er verleiht nur den von Trägern öffentlicher Verwaltung im Rahmen ihrer Befugnisse hergestellten Urkunden eine erhöhte Beweiskraft und bezeichnet sie als "Öffentliche Urkunden". Die Befugnis zu ihrer Herstellung beruht aber entweder auf dem allgemeinen Privatrecht oder auf dem Trägern öffentlicher Verwaltung vorbehaltenen öffentlichen Recht.

Mit der alten reichsgerichtlichen Rechtsprechung hat schon die Entscheidung RG 162/129 (165) gebrochen, wenn sie ausführt,

die Ansicht, der Aufdruck des Dienstsiegels rücke die Erklärung einer Behörde immer in den Kreis öffentlich-rechtlicher Gewaltausübung, sei so wenig richtig, wie es die Auffassung sein würde, daß eine Hoheitsverwaltung immer als Hoheitsträgerin handle; es komme sowohl bei gesiegelten wie bei ungesiegelten Urkunden nur darauf an, ob sich die behördliche Erklärung auf hoheitsrechtlichem oder auf bürgerlich-rechtlichem Gebiet bewege.

Letztere Frage beantwortet der Bundesgerichtshof <sup>129)</sup> nach folgenden Regeln:

- 1) Öffentliche Urkunden über vor Behörden abgegebene Erklärungen seien regelmäßig in Ausübung öffentlicher Gewalt errichtet.
- 2) Bei öffentlichen Urkunden hingegen, die von der Behörde selbst abgegebene Erklärungen enthielten, entscheide ihr Inhalt darüber, ob sie "hoheitsrechtlicher oder privatrechtlicher Art" seien.

-----  
128) GOLTERMANN NJW 1952/1212

129) BGH 6/304; DELBRÜCK i. LM § 839 Fa Nr. 1



Die in dieser Untersuchung gefundene Definition hoheitlichen Handelns bestätigt im wesentlichen die Regeln des BGH.

Der Notar z.B., der einen vor ihm abgeschlossenen Grundstückskauf beurkundet, übt den Vertragsschließenden gegenüber insoweit ein öffentliches Amt aus, als er den ihm als solchem übertragenen Pflichten<sup>130</sup> nachkommt und von seiner ihm als Träger öffentlicher Verwaltung vorbehaltenen Befugnis<sup>131</sup> Gebrauch macht.

Weitere Beispiele hoheitlichen Handelns bei Errichtung öffentlicher Urkunden über Erklärungen, die vor Trägern öffentlicher Verwaltung abgegeben werden, sind

die Beurkundung des Anerkenntnisses der Vaterschaft durch Richter, Notar und Standesbeamten gemäß §§ 1718, 1720 Abs. 2 BGB, 167 ff FGG,

Die Errichtung von Erbverträgen und öffentlichen Testamenten gemäß §§ 2231 ff, 2276 BGB, 168 ff FGG,

die Beurkundung der Erklärungen der Eheschließenden vor dem Standesamt gemäß Personenstandsgesetz und die Protokollierung der Berufungs- und Revisionsseinlegung durch Geschäftsstellen der Gerichte gemäß §§ 314, 341 StPO.

In all diesen Fällen werden Träger öffentlicher Verwaltung bzw. deren Organwalter auf Grund öffentlicher Befugnisse oder (und) in einem nur sie und nicht auch Privatpersonen treffenden öffentlichen Pflichtenkreis tätig.

Gegenüber diesen Beispielen läßt sich hinsichtlich der öffentlichen Urkunden, die von Trägern öffentlicher Verwaltung selbst abgegebene Erklärungen enthalten, eine Regel nicht aufstellen:

-----  
130) z.B. die Belehrungspflicht gemäß § 26 Notar-O. und § 30 der Dienst-O. für Notare

131) Recht zur Beurkundung § 22 Notar-O.

Gerichtsentscheidungen, Polizeiverfügungen und Steuerbescheide haben z.B. im Verhältnis zu den Rechtsuchenden, den Polizei- und Steuerpflichtigen hoheitlichen Charakter, weil bei ihrem Erlaß die betreffenden Träger öffentlicher Verwaltung von ihnen vorbehaltenen Befugnissen Gebrauch machen und in einem ihnen eigentümlichen Pflichtenkreis handeln. Gleiches gilt entgegen der Entscheidung BGH 6/304 auch für die Ausstellung von Beförderungspapieren durch die Bundesbahn, da diese auf Vorschriften beruht (§ 458 HGB in Verb. mit der EVO), die Trägern öffentlicher Verwaltung, nämlich der Bundesbahn und den beliebigen öffentlichen Privatbahnen, eigentümlich sind <sup>132)</sup>.

Mietverträge über Dienstgebäude, Kaufverträge über Heizstoff und Bürobedarf gehören hingegen dem Gebiete des Privatrechts an, da ihr Abschluß rechtlich jedermann offensteht, und eine Trägern öffentlicher Verwaltung eigentümliche Garantenstellung zu den jeweiligen Vertragspartnern nicht ersichtlich ist.

Bei Anwendung vorstehender Regeln ist zu beachten, daß die Ausübung eines öffentlichen Amtes nur soweit reicht, als Träger öffentlicher Verwaltung im konkreten Falle auf Grund der Sondervorschriften des öffentlichen Rechts handeln. Daher hat z.B. in aller Regel derjenige, der bei der Ausstellung öffentlicher Urkunden nicht durch deren Inhalt, ihre fehlende formelle Gültigkeit usw., sondern durch den eigentlichen Schreibakt, etwa das ungeschickte Hantieren mit dem Federhalter, geschädigt wird, keinen Anspruch aus Art. 34 GG - mag auch die schädigende Handlung hoheitlichen Zwecken, etwa dem Erlaß einer

-----  
132) im Ergebnis ebenso RG 107/272 (274); JW 24/1714 f; JW 27/1352 f; JW 33/840 f; FINGER 1 c dd zu § 82; GOLTERMANN NJW 52/1211 f; aa. auch OLG München OLG 36/141 ff)

Polizeiverfügung gedient haben. Denn weder sind Träger öffentlicher Verwaltung zum Gebrauch des Federhalters auf Grund von Sondervorschriften befähigt noch entspringt regelmäßig die Pflicht, ihn mit Rücksicht gegen Dritte zu benutzen, dem öffentlichen Recht. Diese ist vielmehr ein Teil der allgemeinen Verkehrssicherungspflicht, die nur ausnahmsweise, z.B. gegenüber Mitbeamten gemäß § 36 DBG, durch einen Sonderrechtssatz verdrängt wird. Nur soweit eine öffentliche Fürsorgepflicht besteht, hat der durch den eigentlichen Schreibakt Geschädigte einen Anspruch gemäß Art. 34 GG.



§ 18

Ärztliche Behandlung und sonstige persönliche Fürsorge in öffentlichen Anstalten

Haften Träger öffentlicher Verwaltung für fehlerhafte ärztliche Behandlung und sonstige fehlerhafte Personenfürsorge in ihren Anstalten nach den Regeln des Amtshaftungsrechts oder nach den Regeln des Privatrechts?

Die höchstichterliche Rechtsprechung hat diese Frage nicht einheitlich beantwortet.

Das Kammergericht vertritt eine rein öffentlich-rechtliche Auffassung. In dem Beschluß vom 5. 1. 1929 <sup>133)</sup> bejaht es grundsätzlich die Amtshaftung des Staates für ein Verschulden des Leiters einer Universitätsklinik, weil die dortige Behandlung der Kranken eine Maßnahme staatlicher Fürsorge sei, wie sie in allen staatlichen Anstalten sowohl zur Heilung von Krankheiten im einzelnen Falle als auch im Interesse der allgemeinen Volksgesundheit und Volkserhaltung ausgeübt werde. Wenn auch die Universitätsklinik bemittelte Kranke nur gegen ein angemessenes Entgelt aufnehme, seien bei der Behandlung der Kranken weder der Staat noch der betreffende Arzt zur Vermehrung des Staatsvermögens oder zu Zwecken staatlichen Erwerbs tätig.

Die Entscheidung hat Zustimmung im Schrifttum <sup>134)</sup> und teilweise auch in der Rechtsprechung <sup>135)</sup> gefunden. Der Bundesgerichtshof <sup>136)</sup> hat sie jedoch aus-

133) JW 1929/2287; s.w. Hans. OLG in Hans. RZ 1926/905; HRR 1929/ 1316

134) EBERMAYER JW 29/2287; HÖPFFNER JW 30/1607

135) OLG Kiel Vers.R. 1953/103 f, aufgehoben durch BGH 9/145 ff

136) BGH 9/145 (149)



drücklich abgelehnt. Da der Charakter einer Maßnahme in der Tat nicht von der Zielsetzung des betreffenden Trägers öffentlicher Verwaltung und auch nicht von den verfolgten Interessen und Zwecken abhängt, ist der Begründung, die das Kammergericht seiner Entscheidung gibt, nicht zu folgen <sup>137)</sup>.

Im Gegensatz hierzu haben Reichsgericht und Bundesgerichtshof <sup>138)</sup> von je zwischen der Haftung des betreuenden Trägers öffentlicher Verwaltung aus einem privatrechtlichem Vertragsverhältnis und aus einem öffentlich-rechtlichem Verhältnis unterschieden.

Privatrechtlich sei das Verhältnis zu zahlungsfähigen Privatpersonen, deren Betreuung entgeltlich sei und allein zum Wohle und im Interesse des einzelnen erfolge. Die Haftung ihnen gegenüber richte sich nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts <sup>139)</sup>.

Öffentlich-rechtlich hingegen sei das Verhältnis, das bei der Einweisung eines Pflegebedürftigen durch öffentliche Behörden wie des Armenamtes entstehe, und bei welcher der Rechtsgrund der Aufnahme die der Allgemeinheit dienende öffentliche Fürsorge sei <sup>140)</sup>. Das Reichsgericht leugnete hier zunächst jegliche Haftung des betreffenden Trägers öffentlicher Verwaltung. Es lehnte ab, die Bestimmungen des BGB - insbesondere dessen § 278 - im öffentlichen Recht anzuwenden und Vorschriften nach Art der Art. 131 WV und 34 GG gab es seinerzeit noch nicht <sup>141)</sup>.

-----  
137) Vgl. § 8 d.A.

138) RG 59/197 ff; 64/231 ff; 74/163 ff; 91/263 ff; 112/92 ff; RG DR 43/854 f; BGH 4/138; 9/145 ff

139) RG 64/231 (233 ff); RG 91/263 (264 f); 112/290 (1)

140) RG 91/263 (264 f)

141) RG 59/197 ff vom 3. 10. 1904

Mit dieser Rechtsprechung hat die Entscheidung RG 112/290 gebrochen. Sie geht zwar auch noch davon aus, daß durch die Aufnahme mittelloser Kranker in ein städtisches Krankenhaus ein öffentlich-rechtliches Verhältnis und eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu sachgemäßer Behandlung begründet werde, meint aber - ohne den inzwischen eingeführten Art. 131 WV zu erwähnen - , daß dadurch auch schuldrechtliche Verpflichtungen begründet würden, die die entsprechende Anwendung des § 278 BGB rechtfertigten.

In der folgenden Zeit haben dann Reichsgericht und jetzt auch der Bundesgerichtshof nur bei zwangsweiser fürsorglicher Betreuung - wie bei einem in einer staatlichen Heil- und Pflegeanstalt untergebrachten Geisteskranken - neben die aus dem öffentlich-rechtlichen Unterbringungsverhältnis erwachsenden und angeblich nach privatrechtlichen Grundsätzen zu behandelnden schuldrechtlichen Verpflichtungen eine Amtshaftung treten lassen <sup>142)</sup>. Begründet wird dies allein damit, daß man nur in den Fällen zwangsweiser fürsorglicher Betreuung von hoheitlichem Handeln sprechen könne <sup>143)</sup>.

Wie bereits gezeigt <sup>144)</sup>, ist die Rechtsprechung hier offensichtlich dem Ausdruck "Ausübung öffentlicher Gewalt" zum Opfer gefallen. Die Geschichte des Begriffs, der neue Wortlaut des Art. 34 GG und die in dieser Arbeit gefundene Definition zeigen, daß hoheitliche Tätigkeit nicht auf die Ausübung öffentlichen Zwanges beschränkt und von dem Vorliegen eines

-----

142) RG DR 43/854 f; BGH 4/138 (151); BGH 9/145 (149)

143) BGH 9/149 f gibt nur scheinbar eine neue Begründung. Vgl. weiter PAGENDARM LM Nr. 4 zu § 278 BGB Bl. 311 f

144) vgl. § 7 d.A.

Über- und Unterordnungsverhältnisses sowenig wie von der Interessenlage abhängig ist.

Um festzustellen, ob bzw. wann ärztliche Behandlung und sonstige Personenfürsorge durch Träger öffentlicher Verwaltung Ausübung eines öffentlichen Amtes darstellen, sind zweckmäßig zwei Fallgruppen zu unterscheiden.

1) Zur ersten Gruppe gehören diejenigen Fälle, in denen Träger öffentlicher Verwaltung der ihnen obliegenden öffentlich-rechtlichen Pflicht, für Pflegebedürftige zu sorgen, durch eigene Ärzte, eigenes Pflegepersonal und in eigenen Häusern nachkommen. Der durch fehlerhafte Betreuung Geschädigte hat in diesen Fällen einen Anspruch aus Art. 34 GG; denn die RVO-Kasse z.B., die ihre Versicherungsnehmer im eigenen Krankenhaus behandeln läßt, übt diesem gegenüber eine Pflicht aus, zu deren Erfüllung die RVO nur Träger öffentlicher Verwaltung und nicht auch Privatpersonen berufen hat<sup>145)</sup>. Die Ansicht des Bundesgerichtshofes<sup>146)</sup>, daß sich die Ausübung eines öffentlichen Amtes mit der Einweisung des Versicherten in das kasseneigene Krankenhaus erschöpfe und sich nicht auf die dortige Behandlung erstrecke, steht im Widerspruch zu § 182 RVO, der klarstellt, daß zur Krankenhilfe auch die ärztliche Behandlung gehört. Nur dann genügt eine öffentliche Kasse ihrer hoheitlichen Pflicht schon mit der Einweisung in ein Krankenhaus, wenn sie von der Möglichkeit Gebrauch macht, Krankenhilfe durch Sicherstellung kostenloser Behandlung in einer fremden Anstalt zu gewährleisten<sup>147)</sup>.

145) Vgl. RG 59/197 ff; die Entscheidung betont, daß ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zustandekomme, welches die Anwendung des § 278 EGB ausschliesse.

146) BGH 4/138 (151)

147) Gerade dies betont auch RG 74/163 (166), die BGH 4/138 (151) irrigerweise für sich beansprucht. S. DENECKE JR 53/40 (43)

Ob diese nunmehr ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 34 GG ausübt, ist eine andere (unter 2 zu beantwortende) Frage.

Die dargestellte Ansicht vertrat auch der Reichsfinanzhof, der sich häufig mit der Unterscheidung zwischen steuerpflichtigen privatwirtschaftlichen Unternehmen und nicht-steuerpflichtigen Hoheitsbetrieben, "die überwiegend der Ausübung öffentlicher Gewalt dienen" <sup>148)</sup>, zu befassen hatte. In seinem Urteil vom 17. 12. 1938 <sup>149)</sup> erkannte er eine Bade- und Lichtheilanstalt, die von einer Allgemeinen Ortskrankenkasse eingerichtet und unterhalten wurde, um im wesentlichen den bei ihr gesetzlich versicherten Personen die nach Gesetz und Satzung zu leistende Heilbehandlung zu gewährleisten, als Hoheitsbetrieb im Sinne des § 4 der I. KStDV an. Er führt hierzu aus,

"daß den Ortskrankenkassen als Trägerinnen der reichsgesetzlichen Krankenversicherung nach den §§ 182 ff RVO die Krankenhilfe als öffentliche Aufgabe obliege. In der RVO sei zwar nicht ausdrücklich gefordert, daß eine Ortskrankenkasse die Krankenhilfe in der Form von Sachleistungen der Heilbehandlung durch eine eigene Anstalt erbringe. Trotzdem sei auch die Heilbehandlung, die eine Ortskrankenkasse den versicherten Personen in Krankheitsfällen in einem eigenen Betrieb gewähre, als in Erfüllung der gesetzlichen Leistungspflicht der Ortskrankenkasse gewahrt anzusehen."

Ebenso erkennt der Reichsfinanzhof die von einem öffentlich-rechtlichen Krankenkassenverbände betriebenen Heilanstalten und Genesungshäuser <sup>150)</sup>, sowie die Zahnkliniken und Röntgeninstitute solcher öffentlich-rechtlicher Verbände <sup>151)</sup> als Hoheitsbetriebe an, weil sie im wesentlichen der Ausübung öffentlicher Gewalt dienen.

148) § 1 der 3. DV zum Gew.StG. vom 31. 1. 40

149) RFH 45/312

150) RFH 45/314

151) RFH 48/110; vgl. BUNLIER 175 ff

Auch die Bedürftigen einer Gemeinde, die von dieser als Trägerin der öffentlichen Fürsorge in das gemeindeeigene Krankenhaus überwiesen wurden und dort durch fehlerhafte Behandlung zu Schäden kamen, haben einen Anspruch gemäß Art. 34 GG<sup>152)</sup>. Ihnen gegenüber ergibt sich eine öffentliche Garantenstellung aus der Fürsorgepflichtverordnung in Verbindung mit den Reichsgrundsätzen über Voraussetzungen, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge<sup>153)</sup>, die nur Träger öffentlicher Verwaltung und nicht auch Privatpersonen zur Fürsorge verpflichten.

2) In vielen Fällen kann man hoheitliches Handeln bejahen, auch ohne, daß es eines Rückgriffes auf Bestimmungen nach Art der RVO und der Fürsorgepflichtverordnung bedürfte. Träger öffentlicher Verwaltung handeln nämlich Pflegebedürftigen gegenüber immer dann in einer öffentlichen Garantenstellung, wenn und soweit diese bei ihrer Betreuung einer öffentlich-rechtlichen Anstaltsordnung unterliegen<sup>154)</sup>. Ob dies der Fall ist, muß jeweils neu entschieden werden.

Die Beantwortung der Frage hängt nicht entscheidend davon ab, ob der Betreute die Kosten der Behandlung selbst trägt oder nicht. Anstaltsbenutzer kann auch sein, wer die entstehenden Gebühren selbst zahlt. Allerdings in aller Regel gilt, daß derjenige, den z.B. das Wohlfahrtsamt in ein öffentliches Krankenhaus einweist, dort sowohl hinsichtlich seiner ärztlichen Behandlung als auch hinsichtlich seiner übrigen

-----  
152) A.A. RG 112/290 (293); BGH 4/138 (147)

153) Gem. der nach § 6 Abs. 1 der Fürsorgepflicht-VO vom 13. 2. 1924 (RGBl. I/100) erlassenen Reichsgrundsätze über Voraussetzungen, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge vom 1.8.1931 (RGBl. I/441) schuldet die Trägerin der Fürsorge auch Krankenhilfe.

154) H.-J. WOLFF JZ 1953/552 ff

Betreuung der öffentlichen Anstaltsordnung unterliegt, derjenige aber, der ein öffentliches Krankenhaus auf eigene Kosten aufsucht, um sich dort in die Obhut eines bestimmten Arztes seines Vertrauens zu begeben, diesem gegenüber nicht Anstaltsbenutzer, sondern Privatpatient ist<sup>155)</sup>. Erfolgt im letzteren Falle die eigentliche ärztliche Tätigkeit auf Grund eines Privatvertrages, so schließt das jedoch nicht aus, daß sich die übrige klinische Betreuung (Gewährung von Unterkunft und Verpflegung) im Rahmen der öffentlichen Anstaltsordnung hält, also möglicherweise Ausübung eines öffentlichen Amtes darstellt<sup>156)</sup>. Eine solche Doppelstellung des Patienten wird besonders häufig in den öffentlichen Belegkrankenhäusern gegeben sein<sup>157)</sup>.

In Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht steht eine weit verbreitete Lehre, derzufolge die Einweisung eines Kassenpatienten auch in das Haus eines Trägers öffentlicher Verwaltung in jedem Falle einen Vertrag zugunsten des Patienten mit dem Inhaber des Krankenhauses begründe, durch den der Kranke gemäß § 328 BGB einen privatrechtlichen Anspruch auf sachgemäße Behandlung erwerbe. Der behandelnde Arzt sei lediglich Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 273 BGB und haften selbst nur nach §§ 323 ff BGB<sup>158)</sup>.

-----  
155) H.J. WOLFF JZ 1953/552 ff

156) Man spricht dann von dem sog. "aufgespaltenen Arzt-Krankenhausvertrag", im Gegensatz zu den sog. "totalen Krankenhausvertrag", der neben Unterkunft und Verpflegung auch die Gewährung ärztlicher Behandlung mitumfaßt. Vgl. GEIGEL 335; BGH Vers.R. 1952/166

157) Unter Belegkrankenhäusern versteht man Krankenhäuser, an denen keine Ärzte angestellt sind, in denen die Kranken vielmehr von den am Ort praktizierenden Ärzten weiter behandelt werden, das Krankenhaus den Patienten also nur Unterkunft, Verpflegung und Pflege gewährt.

158) RG HRR 1934 Nr. 377; RG 165/165; BGH 1/383 (386); DENECKE JR 53/40 (43); GEIGEL 336 f; OLG Bremen Vers.R. 1954/63.

Diese Lehre ist abzulehnen, weil in den meisten Fällen nur ein Einverständnis darüber besteht, daß der Patient auf Kosten des Einweisenden zu behandeln ist, nicht aber Abmachungen darüber getroffen werden, ob die Behandlung im Rahmen der öffentlichen Anstaltsordnung oder als Privatpatient erfolgen soll. Für die Anwendung der Amtshaftungsbestimmungen ist aber nur die letztere Frage entscheidend <sup>159)</sup>.

Bei Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses vermag auch eine Analogie zu § 278 BGB den Art. 34 GG nicht zu verdrängen <sup>160)</sup>. Wenn und soweit ein solches öffentlich-rechtliches Verhältnis vorliegt, handelt der betreffende Träger öffentlicher Verwaltung in einer öffentlichen Garantenstellung, ist somit das Amtshaftungsrecht anzuwenden. Die entsprechende Anwendung des § 278 BGB im öffentlichen Recht würde voraussetzen, daß die diesbezüglichen Rechtsregeln hier eine Lücke enthielten. Eine solche ist aber nicht vorhanden, da Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB eine besondere, gegenüber fiskalischen Einrichtungen teils erleichterte, teils erschwerte Schadenshaftung vorsieht. Ihr Sinn würde durch die entsprechende Anwendung des § 278 BGB in Frage gestellt <sup>161)</sup>.

Ergebnis: Der in einem öffentlichen Krankenhaus durch fehlerhafte Betreuung Geschädigte hat einen Anspruch aus Art. 34 GG, wenn und soweit er bei seiner Behandlung einer öffentlich-rechtlichen Anstaltsordnung unterlag oder auf Grund besonderer Bestimmungen des öffentlichen Rechts - wie der RVO oder der Fürsorgepflichtverordnung - betreut wurde. Daß Träger öffent-

159) H.J. WOLFF JZ 1953/552 ff

160) A.A. RG 112/293; BGH 4/152; OLG Schleswig JR 50/24; Übersicht über den Stand der Ansichten: RG R-Kom. Anm. 3g zu § 278.

161) H.J. WOLFF JZ 1953/552 ff; DENECKE JR 1953/40 ff; ohne Begründung auch RG 50/...

licher Verwaltung in den Fällen einer Zwangsbehandlung, in denen sie von einer ihnen vorbehaltenen Befugnis Gebrauch machen, ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 34 GG ausüben, ist allgemein anerkannt und bedurfte daher keiner Erörterung<sup>162)</sup>.

-----  
162) Vgl. GEIGEL 335; RG DR 1943/854 f; BGH 9/145 (149).



§ 19

Die Verkehrssicherungspflicht in Ansehung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch

Nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung haften Träger öffentlicher Verwaltung für eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich öffentlicher Wege und Wasserstrassen nach den §§ 31, 89, 823, 831 BGB<sup>153)</sup>.

Zur Begründung wird auf einen allgemeinen Rechtsatz verwiesen, demzufolge derjenige, der Räume und Örtlichkeiten der Allgemeinheit zugänglich macht, für deren Verkehrssicherheit verantwortlich ist. Dieser Rechtsatz sei auch auf öffentliche, im Gemeingebrauch stehende Sachen anzuwenden.

Zwei Bedenken macht man gegen diese Rechtsprechung geltend. Zunächst - so sagt man - sei die jeweils verschiedene Interessenlage zu beachten<sup>164)</sup>. Eine Privatperson, die ihren Grund und Boden dem allgemeinen Verkehr eröffne, - wie etwa der Gaststättenbesitzer den Zugang zu seinem Lokal - , tue dies in einem persönlichen - geschäftlichen - Interesse. Hier sei daher eine privatrechtliche Haftung anzusetzen. Träger öffentlicher Verwaltung eröffnen hingegen ihre Wege dem Gemeingebrauch im Interesse der Allgemeinheit. Ihre haftungsrechtliche Sonderbehandlung sei aus diesem Grunde gerechtfertigt.

153) RG 54/59; 106/340 (340); 121/404 (407); 128/353 (353); 147/275 (278 f); BGH DVBl. 52/626 ff; BGH 9/373; OLG Köln DVBl. 52/177 f; Hans. OLG MDR 53/167 ff; - aa. O. MAYER II (2-Aufl.) 198 f; LG Tübingen JW 37/1544; KACZMARZYK 185 ff; FORSTHOFF DVBl. 52/164 ff; umfassend die Dissertation von PUSE mit Literatur. HOFACKER (28 f u. passim) leugnet das Bestehen einer Verkehrssicherungspflicht gegenüber Verkehrsteilnehmern.

164) Z.B. FORSTHOFF DVBl. 52/164 (165)

Da das Gesetz und nicht die Interessenlage darüber entscheidet, ob die Ausübung eines öffentlichen Amtes vorliegt, erkennt die Rechtsprechung diesen Einwand mit Recht nicht an<sup>165)</sup>.

Gegen die höchstgerichtliche Lehre wendet man dann aber vor allem ein, die Anlage und Unterhaltung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch sei durch besondere wasser- und wegerechtliche Vorschriften geregelt, die für die Anwendung eines allgemeinen Rechtsatzes keinen Raum mehr ließen<sup>166)</sup>.

Die Rechtsprechung trat diesen Bedenken anfänglich entgegen, indem sie neben dieser öffentlich-rechtlichen Regelung eine dem § 823 BGB zu entnehmende Verantwortlichkeit des Eigentümers oder privatrechtlich Verfügungsberechtigten behauptete<sup>167)</sup>.

Sie verkennt dabei, daß die durch besondere Vege- und Wassergesetze einer bestimmten Behörde oder Person auferlegten Sorgepflichten andere privatrechtliche Zurechnungen kraft Eigentums oder einer anderen privatrechtlichen Verfügungsmacht ausschließen. Anderenfalls träte eine Konkurrenz der Pflichten ein, die leicht dazu führen könnte, daß jeder sich auf den andern verläßt und praktisch nichts geschähe. Oder nicht aufeinander abgestimmte Maßnahmen getroffen würden<sup>168)</sup>. Sehr richtig führt nunmehr auch der BGH<sup>169)</sup> im Anschluß an das Pr.OVG<sup>170)</sup>

-----  
165) BGH LM Nr. 3 zu § 823 B1. 509; vgl. § 8 d.A.

166) FORSTHOFF DVBl. 52/164 (165 ff);

167) RG 54/59; RG 121/404 (405)

168) FORSTHOFF DVBl. 52/166; Doppelung der Pflichten nach RG 154/24 für die Anbringung von Verkehrszeichen auf öffentlichen Wegen. - RG 155/1 legt einer G.m.b.H. die Pflicht auf, ein Schiffsfahrtszeichen in der Elbe anzubringen. In diesem Falle konkurriert der Pflichtige sogar mit der Polizei. Dazu kritisch BAUMEISTER DVBl. 52/38 ff

169) BGH 9/373 (383 f, 386)

170) OVG 18/411 (415); GERMERSHAUSEN-SBYDEL I/153

gegen die frühere Ansicht des Reichsgerichts aus, die Verantwortung für die Sicherheit des Verkehrs könne nur insoweit bestehen, als der Inanspruchgenommene die Möglichkeit habe, die hierzu erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Dem privatrechtlichen Eigentümer der öffentlichen Sache oder dem sonst privatrechtlich Verfügungsberechtigten fehle aber gerade diese Möglichkeit, weil insoweit seine privatrechtlichen Befugnisse durch die begrenzte öffentlich-rechtliche Herrschaft zurückgedrängt seien. Er sei darauf beschränkt, dies Herrschaftsverhältnis zu dulden.

Zur Ablehnung der öffentlich-rechtlichen Amtshaf-tungsbestimmungen greift die spätere Rechtsprechung nicht mehr auf die privatrechtliche Stellung des in Anspruch Genommenen zurück. Sie unterscheidet vielmehr zwischen der Verkehrssicherungspflicht und ihrer Erfüllung <sup>171)</sup>. Die Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch beruhe zwar auf öffentlichem Recht, ihre Erfüllung habe jedoch fiskalischen Charakter, da sich die technische Durchführung der Strassen- und Strombettunterhaltung in nichts von der Tätigkeit unterscheide, die ein privater Unternehmer vornehmen würde <sup>172)</sup>.

Wie bereits gezeigt, ist der Versuch der Rechtsprechung hoheitliches und fiskalisches Handeln daran zu unterscheiden, ob und in welchem Maße sich Privatpersonen in äusserlich vergleichbarer Weise betätigen können, nicht zu billigen <sup>173)</sup>. Der BGH hat diese Ansicht heute aufgegeben. In der Entscheidung BGH

-----  
171) BGH LM Nr. 3 zu § 323; OLG Köln DVBl. 52/177 ff;  
OLG Hamburg MDR 53/167 ff;

172) Vgl. OLG Köln und Hamburg aaO.

173) § 9 d.A.

9/373 lehnt er die Anwendung der Amtshaftungsbestimmungen bei Verletzung der Verkehrssicherungspflicht mit neuer Begründung ab. Ohne - wie zu erwarten gewesen wäre - die Wesenselemente des betreffenden Trägers der Strassenbaulast zu bewerten, stellt er folgende Thesen auf:

1. Aus der "Rechtsnatur" der Unterhaltungspflicht könne nicht ohne weiteres und zwingend auf dieselbe "Rechtsnatur" der Verkehrssicherungspflicht geschlossen werden.
2. Die Verkehrssicherungspflicht des Staates oder der öffentlich-rechtlichen Körperschaft ergebe sich weder aus dem Privateigentum am Wegekörper, noch aus dem öffentlich-rechtlichen Nutzungsverhältnis am Wegekörper, sondern aus der objektiven Gefahrenlage, die mit der Benutzung des öffentlichen Weges oder der Wasserstrasse entetere. Daher sei nicht einzusehen, daß es für die rechtliche Beurteilung einen Unterschied machen soll, ob eine Privatperson als Grundstücksbesitzer für einen Schaden aus der Vernachlässigung der Verkehrssicherungspflicht hafte oder ob eine öffentlich-rechtliche Körperschaft für einen Schaden aus Vernachlässigung der Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich eines öffentlichen Weges einzustehen habe.
3. Welle der Staat oder die öffentlich-rechtliche Körperschaft, der die Verkehrssicherungspflicht obliege, ihr hoheitsrechtlich genügen, so bedürfe es dazu eines - sich im Rahmen der Gesetzeshaltenden - ausdrücklichen Organisationsaktes, der der Allgemeinheit gegenüber kundgemacht sei. Ein solcher liege aber nicht vor.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs hat mit Recht bisher noch keinen Freund gefunden <sup>174)</sup>.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Verkehrssicherungspflicht - soweit sie nicht durch Spezialgesetze begründet ist - "ihre Quelle in dem Tatbestand findet, daß nach der konkreten Lage der Verhältnisse von der Sache eine besondere Gefahr für Dritte ausgeht" <sup>175)</sup>.

-----  
174) Ablehnend HAUBISSEN NJW 53/1613 f; FRISIUS NJW 53/1625 f; ATZLER Verkehrsbl. 53/486; KRAFT DÖV 54/518 ff; HEYEN NJW 1955/326 ff

175) Ablehnend FRISIUS aaO.; KRAFT aaO.

Einzuräumen ist weiter, daß Fälle denkbar sind, in denen Verkehrssicherungs- und Unterhaltungspflicht verschiedenen Rechtsträgern obliegen <sup>176)</sup>. Bei öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch gehören die beiden Pflichten jedoch nicht nur regelmäßig, sondern notwendig zusammen <sup>177)</sup>. Hier stellt die Unterhaltungspflicht einen Teil der Verkehrssicherungspflicht dar; denn Unterhaltung einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch bedeutet nichts anderes als Sicherung des Verkehrs durch Pflege des Strassenkörpers bzw. des Wasserbettes. Dies stand bisher ganz ausser Zweifel <sup>178)</sup> und ist auch in den wege- und wasserrechtlichen Bestimmungen zum Ausdruck gekommen. So sagt z.B. § 3 Abs. 1 Bundesfernstrassengesetz:

"die Träger der Strassenbaulast haben nach ihrer Leistungsfähigkeit die Bundesfernstrassen in einem dem regelmäßigen Verkehrsbedürfnis genügenden Zustand zu bauen, zu unterhalten ....".

Wenn die Entscheidung BGR 9/373 (385) Unterhaltungs- und Verkehrssicherungspflicht hinsichtlich öffentlicher Verkehrswege noch mit dem Hinweis zu trennen versucht, "daß die Verkehrssicherungspflicht möglicherweise Maßnahmen erfordert, die zur sachgemäßen Unterhaltung des Verkehrsweges entsprechend seiner Bestimmung nicht notwendig seien", so steht das durchaus nicht im Widerspruch zu der hier vertretenen Ansicht, daß die Unterhaltungspflicht nur einen Teil der Verkehrssicherungspflicht darstellt, letzterer also in vielen Fällen ausser der Instandhaltung des Verkehrsweges noch andere - z.B. polizeiliche -

176) z.B. einer Stiftung obliegt die Unterhaltung eines Gemäldes durch Restauration, während ein Museum für seine verkehrssichere Unterbringung zu sorgen hat.

177) HAUEISEN NJW 53/1613 r-Sp. 2

178) Vgl. RG 154/16 (25)

Maßnahmen erforderlich macht. Wenn aber die Unterhaltungspflicht öffentlicher Verkehrswege nur einen Teil der Verkehrssicherungspflicht darstellt, dann wird der allgemeine Rechtssatz über die Verkehrssicherungspflicht nach dem Grundsatz vom Vorrang des spezielleren Gesetzes durch die wasser- und wegerechtlichen Bestimmungen insoweit aufgehoben, als die Unterhaltungspflicht dort umrissen ist. Ohne daß es noch auf andere "Organisationsakte" der Verwaltung ankäme, entscheiden diese besonderen Vorschriften darüber, ob der verantwortliche Träger öffentlicher Verwaltung in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes handelt.

So hat z.B. der auf einer Bundesfernstraße durch schuldhaftige Verletzung der in den §§ 3 und 4 Bundesfernstraßengesetz <sup>179)</sup> umrissenen Unterhaltungspflicht zu Schaden gekommene Verkehrsteilnehmer regelmäßig einen Anspruch aus Art. 34 GG, da gem. § 5 d.G. für den größten Teil der Bundesfernstrassen die Unterhaltungspflicht Trägern öffentlicher Verwaltung, nämlich dem Bund und den Gemeinden, auferlegt ist (hoheitliches Handeln in öffentlicher Garantstellung). Ebenso regeln Art. 34 GG/ § 839 BGB die Haftung bei schuldhafter Verletzung der Unterhaltungspflicht für natürliche Wasserläufe erster und zweiter Ordnung im Gebiete des ehemaligen Landes Preußen; denn diese Pflicht obliegt gem. § 115 Abs. 1 Zif. 1 und 2 Pr.WG <sup>180)</sup> ausschließlich Trägern öffentlicher Verwaltung, nämlich dem Staat und den öffentlich-rechtlichen Wassergenossenschaften <sup>181)</sup>.

Man könnte dieser Auffassung entgegenhalten: Da die geltende Rechtsordnung - z.B. der § 5 Bundesfern-

179) v. 5. 3. 1953 (ROB I 903)

180) v. 7. 4. 1913 (GS 53)

181) HOLTZ-KREUTZ (1. Aufl.) I/Anm. 2 zu § 115 (542 ff); II Verb. zu § 206 (41)

strassengesetz und die §§ 115 ff Pr.WG - teilweise auch Privatpersonen Bau- und Unterhaltspflichten für öffentliche Sachen im Gemeingebrauch auferlege, seien diese Pflichten Trägern öffentlicher Verwaltung nicht eigentümlich, müsse sich also die Haftung grundsätzlich nach Privatrecht richten 182)

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß es für die Eigentümlichkeit der Garantenstellung nicht darauf ankommt, ob möglicherweise auch Privatpersonen Unterhaltspflichten für öffentliche Sachen im Gemeingebrauch obliegen. Entscheidend ist vielmehr, ob das Gesetz "im konkreten Falle" 183), also hinsichtlich der in Frage stehenden Stelle eines öffentlichen Weges oder eines öffentlichen Gewässers, die Wahrnehmung der Unterhaltspflicht ausschließlich Trägern öffentlicher Verwaltung vorbehalten hat oder nicht. Anders ausgedrückt: Maß der Gesetzgeber der Unterhaltungspflicht an Unfallort eine solche Bedeutung bei, daß er sie einem Träger öffentlicher Verwaltung auferlegte und die auch nur theoretische (gesetzliche) Möglichkeit ihrer Wahrnehmung durch Privatpersonen ausschloß? Da das Wege- und Wasserrecht sehr zersplittert ist, muß diese Frage von Fall zu Fall neu beantwortet werden. Da lege lata wird daher eine verschiedenartige rechtliche Beurteilung gleichgelagerter oder verwandter Sachverhalte nicht ganz zu vermeiden sein 184).

182) Dies will anscheinend auch RG 154/16 (25) geltend machen, wenn sie als entscheidend für ihre privatrechtliche Auffassung hinstellt, "daß die geltende Regelung der Wegeunterhaltungspflicht keinen Unterschied nach der Person des Pflichtigen mache, die Verletzung der Pflicht, also auch grundsätzlich nicht andere Rechtsfolgen nach sich ziehen könne, je nachdem der Verpflichtete eine Privatperson sei oder ein öffentlich-rechtlicher Verband".

183) Vgl. die Begriffsbestimmung in § 12 d.A.

184) Dies beanstandet KACZMARZYK (181 f) an der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

§ 20

Zusammenfassung

In dieser Untersuchung wurde versucht, den Begriff "öffentliches Amt" in Art. 34 GG zu bestimmen. Ausgangspunkt der Erörterungen war die insbesondere aus der Geschichte des Begriffs erkennbare Vorstellung des Gesetzgebers. Es ergab sich, daß ein "öffentliches Amt" im Sinne des Art. 34 GG ein Trägern öffentlicher Verwaltung eigentümliches Amt ist. Ein solches wird ausgeübt, wenn die betreffenden Hoheitsträger bzw. ihre Organwalter zu der in Frage stehenden Handlung nur als solche berechtigt sind oder wenn und soweit ihnen als solchen in ihrem Tätigkeitsbereich eine Pflichtenstellung obliegt - nicht aber eben diese Handlung, diese Pflichtenstellung im konkreten Falle auf Rechtssätzen beruhen, die auch andere Personen als Subjekte des öffentlichen Rechts berechtigen oder verpflichten.

Im Rahmen dieser Untersuchung war es nicht möglich, auf alle Entscheidungen einzugehen, die sich mit dem Begriff des öffentlichen Amtes in Art. 34 GG befassen. Eine Auswahl aktueller Beispiele zeigte jedoch, daß die gefundene Definition eine exakte Scheidung zwischen hoheitlichem und fiskalischem Handeln gewährleistet und Ergebnisse zeitigt, die dem Sinn der Amtshaftungsbestimmungen gerecht werden.



## LEBENS LAUF

=====

Am 9. Mai 1929 wurde ich als Sohn des Markscheiders Ferdinand Joel und seiner Ehefrau Helene geb. Schmidt in Dortmund geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Die Volksschule besuchte ich in Aachen und Essen, die Oberschule in Essen-Bredeney und Menden (Sauerland). Die Reifeprüfung bestand ich am 25. Januar 1949. Im Sommersemester 1949 und im Wintersemester 1949/50 studierte ich an der Universität in Münster Rechtswissenschaft. Die zwei folgenden Semester belegte ich in Tübingen und kehrte dann an die Universität in Münster zurück. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 27. Januar 1953 vor dem Justizprüfungsamt in Hamm. Seit dem 15. März 1953 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst. Im Sommersemester 1955 besuchte ich die Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer. Zur Zeit bin ich bei dem Amtsgericht in Recklinghausen beschäftigt. Meine Promotion schloß ich am 18. Februar 1956 mit "magna cum laude" ab.

Herrn Professor Dr. Hans J. Wolff, der meine Dissertation betreute, danke ich aufrichtig für seine Anregungen und seine Unterstützung.